Seuffert

Die Lehre

von der

Ratihabition der Rechtsgeschäfte.

Civilistische Abhandlung

von

Lothar Seuffert,
Dr. jur.

Würzburg.
Druck und Verlag der Stahel'schen Buch- und Kunsthandlung.
1868.

Vorrede.

Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte ist eines derjenigen Themata der civilistischen Theorie, welches trotz zahlreicher Bearbeitungen noch nicht zum befriedigenden Abschlusse gelangte. Dafür zeugen die zahlreichen und wesentlichen Differenzen, welche in Bezug auf diese Lehre noch zwischen den bedeutendsten Autoritäten der Wissenschaft bestehen.

Die vorliegende Abhandlung macht den Versuch, den Weg zu einer neuen Behandlung der Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte zu bahnen. Inwiefern dieser Versuch gelungen ist, darüber möge der Leser am Schlusse des Buches urtheilen.

Wenn ich bei den nachfolgenden Erörterungen mich verhältnißmäßig selten mit dogmengeschichtlichen Ausführungen beschäftigt habe, so findet dies seine Erklärung und Rechtfertigung darin: die ganze Dogmengeschichte der Ratihabitionslehre gipfelt im Wesentlichen in der Constatirung, daß man bis in die neueste Zeit es unterlassen hat, zu einer bewußten Ausscheidung, Gegenüberstellung und gesonderten Behandlung der einzelnen Fälle zu schreiten, in denen römische Juristen von „ratum habere“ gesprochen haben, und die man deßhalb unter dem Namen Ratihabition zu begreifen gewohnt ward.

Am Schlusse der einzelnen Untersuchungen habe ich auf die neueren deutschen Gesetzgebungen bez. Gesetzentwürfe in der Art Rücksicht genommen, daß ich aus solchen die einschlagenden Artikel citirte und durch kurze Bemerkungen deren Stellung zu den Resultaten, die sich für das gemeine Recht ergaben, zu charakterisiren suchte. Diese Heranziehung erscheint mir hier, wie bei allen dogmatischen Untersuchungen, um deßwillen zweckmäßig, weil wir in jenen Gesetzen und Entwürfen Versuche vor uns haben, die im steten Flusse begriffene Theorie zur Crystallisation zu bringen, welche, abgesehen von deren örtlichen, gegenwärtigen oder zukünftigen Geltung, für das gemeine Recht von höchster Wichtigkeit sind. Die bezüglichen Stellen ließ ich abdrucken, weil ich nicht darauf rechnen kann, daß jene Gesetze und Entwürfe allen Lesern zur Hand sind. —

Rücksichtlich der Entstehung dieser Schrift habe ich noch Folgendes beizufügen. Die juristische Fakultät der Universität Würzburg hatte für das Jahr 1866 die Bearbeitung der Lehre von der Ratihabition als Preisaufgabe aufgestellt. Ich hatte der Fakultät eine Arbeit eingeliefert, welche von derselben des Preises würdig erachtet wurde. Die gegenwärtige Abhandlung ist eine allerdings totale Umarbeitung dieser Preisschrift, von welch letzterer sie fast nur das brauchbare Gerippe beibehielt.

Möge diesem civilistischen Versuche die Gunst des Lesers werden!

Würzburg im Juli 1868.

Seuffert.

Inhalts-Uebersicht.

Allgemeiner Theil.

Spezieller Theil.

Erstes Hauptstück.

Von der Genehmigung fremder Geschäftsführung.

Zweites Hauptstück.

Von der nachfolgenden Einwilligung zu fremden Rechtsgeschäften.

Drittes Hauptstück.

Von der Bestätigung.

Berichtigung sinnstörender Druckfehler.

S. 8 Z. 20 v. o. lies: „anzustellen“ statt: „finden“.
S. 61 Z. 13 v. u. ist „nicht“ zu streichen. S. 65.
S. 73 Z. 6 v. u. lies: „1861“ statt: „1862“.
S. 91 Z. 20 v. o. lies: „berufen“ statt: „beruhen“.

Berichtigung sinnstörender Druckfehler.

S. 3 Z. 20 v. o. lies: „anzustellen" statt: „finden".

S. 61 Z. 13 v. u. ist „nicht" zu streichen.

S. 73 Z. 9 v. o. lies: „1861" statt: „1862".

S. 91 Z. 20 v. o. lies: „berufen" statt: „beruhen".

Allgemeiner Theil.

§ 1.

Einleitung. Es gibt keine allgemeine Ratihabitionslehre. Terminologie.

Die Willenserklärung, welche Entstehung, Untergang oder Veränderung eines Rechts bezweckt, nennen wir Rechtsgeschäft. Mehrere Willenserklärungen eines Rechtssubjektes und mehrere Willenserklärungen mehrerer Rechtssubjekte können in Beziehungen zu einander treten. Diese Beziehungen sind entweder von der Art, daß die einzelnen Rechtsgeschäfte eine Veränderung durch dieselbe nicht erleiden und nicht erleiden sollen, so wenn das eine Rechtsgeschäft in reinem Causalnexus zum anderen steht; oder die Beziehungen sind von der Art, daß die mehreren Rechtsgeschäfte aufeinander einwirken und in organischem Zusammenhang stehen.

Die Einwirkung des einen Rechtsgeschäfts auf das andere kann sein eine bejahende oder eine verneinende; je nachdem sich dieselbe zu dem Bestand und Inhalt des Rechtsgeschäftes erhaltend — conservativ — oder zerstörend — destruktiv — verhält. Bei einer solchen Einwirkung muß ein Geschäft im Verhältniß zum andern einwirkend — aktiv —, das andere beeinflußt — passiv — erscheinen. Hiebei ist a priori nicht ausgeschlossen, daß ein äußerlich als Einheit auftretendes Geschäft im Verhältniß zum andern gleichzeitig die Stellung des einwirkenden und des beeinflußten haben kann. Dann werden sich die Theile dieses Geschäftes nachweisen lassen, welche sich zum andern aktiv und jene, die sich passiv verhalten.

Das aktive oder einwirkende Geschäft kann zeitlich dem passiven oder beeinflußten vorangehen, mit demselben zusammenfallen oder demselben nachfolgen.

Die nachfolgende Willenserklärung, welche uns hier allein interessirt, kann sich gemäß der obigen Zweitheilung conservativ oder destruktiv verhalten. Im ersteren Fall liegt diejenige Art von Willenserklärung vor, welche man gemeinhin mit dem Namen Genehmigung — Ratihabition zu bezeichnen pflegt.

Genehmigung in diesem allgemeinen Sinn ist also dasjenige Rechtsgeschäft, welches mit einem zeitlich vorangehenden Rechtsgeschäft in organischem, conservativem Zusammenhang steht.

Die Genehmigung kommt auch in anderen Rechtsgebieten außer dem Privatrecht vor, so im Staatsrecht als Genehmigung (Ratification) von Verträgen, im Strafrecht als Ratihabition von Delikten[1]). Die Aufgabe dieser Abhandlung beschränkt sich auf das Gebiet des auf römischer Grundlage ruhenden Privatrechtes; die Lehre von der Genehmigung in anderen Rechtssphären gehört also nicht hierher.

In der vorstehenden Deduktion ist vorausgesetzt, daß die Genehmigung ein Rechtsgeschäft ist. Diese Voraussetzung zu rechtfertigen, bedarf es nur der Hinweisung auf den an die Spitze gestellten Begriff des Rechtsgeschäfts, dessen Erfordernisse offenbar bei jeder nur denkbaren Genehmigung gegeben sind.

Nur ist die Genehmigung wegen des bereits angedeuteten organischen Zusammenhanges mit einem vorangehenden Geschäfte kein in sich selbst genügendes Geschäft, da sie begriffsmäßig das vorangehende Geschäft, welches das Objekt ihrer Einwirkung bildet, voraussetzt.

Diese Unselbstständigkeit hindert uns so wenig die Genehmigung als Rechtsgeschäft anzuschauen, als es uns einfallen kann, dem Akte der Aufhebung eines Rechtsgeschäftes deßwegen, weil er ein aufzuhebendes Geschäft als Gegenstand der Einwirkung voraussetzt, die Natur eines Rechtsgeschäftes abzusprechen[2]).

Daß das beeinflußte Geschäft zeitlich vor die Genehmigung fällt, ist zu deren Begriff absolut nothwendig, obwohl der Sprachgebrauch mit dem Ausdrucke Genehmigung in dieser Beziehung einigermaßen unvorsichtig umspringt. Folgt das beeinflußte Geschäft nach, dann kann eine

[1]) Ueber die Ratihabition von Delikten und deren strafrechtliche Bedeutung vergl. auch Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, II. Bd. S. 344, wo eine nicht unbedeutende Literatur über diesen Gegenstand verzeichnet ist; dann Zirkler „die Ratifikation von Delikten" in Weiske's Rechtslexikon Bd. V. S. 144.

[2]) Es kann lediglich als ein mißlungener Ausdruck für die Unselbstständigkeit der Genehmigung angesehen werden, wenn man sagt: die Ratihabition ist kein neues Rechtsgeschäft, sondern die Bekräftigung eines früheren Rechtsgeschäftes.

Erlaubniß, ein Auftrag oder sonst ein Geschäft vorliegen, aber keine Genehmigung [3]).

Nur von der Genehmigung von Rechtsgeschäften soll hier gehandelt werden. Es ist auch denkbar, daß ein Rechtsgeschäft auf einen rechtlich bedeutsamen Akt, der nicht Rechtsgeschäft ist — Delikt als Obligationsgrund — einwirkte, Genehmigung von Delikten in privatrechtlicher Bedeutung. Diese liegt sonach nicht im Kreise unserer Betrachtung.

Wie die Einwirkung der Genehmigung auf das frühere Rechtsgeschäft beschaffen ist, das muß zunächst davon abhängen, wie dieses Geschäft beschaffen ist.

Wenn sich also in der Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse, die einer Ratihabition fähig sind, principielle Verschiedenheiten nachweisen lassen, so ist damit auch bewiesen, daß es principiell verschiedene Arten von Ratihabitionen gibt.

Man pflegt nun von Ratihabition in folgenden Verhältnissen zu sprechen:

1) Es führt Jemand fremde Geschäfte, — der Geschäftsherr ertheilt seine Genehmigung.
2) Jemand nimmt eine rechtliche Handlung vor, zu deren Vornahme er aus dem Grunde seiner mangelnden Handlungsfähigkeit der Einwilligung eines Anderen bedarf, — dieser letztere ertheilt diese Einwilligung nachträglich, — er genehmigt.
3) Ein Rechtsgeschäft ist aus irgend einem Grunde ungiltig; derjenige, welcher das Geschäft vorgenommen hat, genehmigt es [4]).

Am meisten fällt der Unterschied in die Augen, welcher zwischen dem Falle sub 1 und jenem sub 3 besteht. Dieser Unterschied ist so bedeutend, daß man sogleich zu der Frage berechtigt ist, ob überhaupt ein Zusammenhang zwischen beiden Fällen existirt.

Das Geschäft, welches der Geschäftsführer vorgenommen hat, entbehrt nicht des juristischen Bestandes; es ist ein offenbar rechtswirksames und darum kein ungiltiges Geschäft, zweifelhaft ist lediglich seine Be-

---

[3]) Es widerstreitet zwar dem lateinischen Sprachgebrauche, von ratum habere eines Zukünftigen zu sprechen, aber nicht dem deutschen, sich des Wortes Genehmigung in Bezug auf einen erst später fallenden Akt zu bedienen. Es ist ganz geläufig, von der Genehmigung der Eltern zur Heirath ihrer Kinder, von der Genehmigung zur Uebernahme einer Vormundschaft zu sprechen, in dem Sinne, daß die Genehmigung vorangeht. Dieser Sprachgebrauch ist nicht juristisch.

[4]) Daß die Römer in diesen drei Fällen von ratihabitio und ratum habere sprechen, dafür diene als beispielsweiser Beleg ad 1) Tit. Dig. ratam rem haberi 46, 8. l. 6. § 6. 9. 10. l. 9., l. 24. D. de neg. gest. 3, 5. ad 2) l. 7 C ad SC. Macedon. 4, 28. ad 3) l. 25 D. de don. i. v. e. u. 5, 16.

ziehung zu dem Dominus. Das Geschäft, das der Auctor desselben selbst genehmigt, muß mit irgend einem Mangel der Rechtswirksamkeit behaftet sein, sonst hätte die Genehmigung keinen Sinn. Im Falle ad 1 ist der Genehmigende eine vom Auctor des früheren Geschäftes verschiedene Person; es liegen also zwei von verschiedenen Personen herrührende Willenserklärungen vor. Im Falle ad 3 ist der Genehmigende die nämliche Person, welche als Auctor des genehmigten Geschäftes erscheint; hier sind also nicht mehrere Willenserklärungen mehrerer Personen, sondern mehrere Willenserklärungen einer Person vorhanden.

Die Fälle sub 2 und 3 stehen sich dadurch näher, daß in beiden das das Objekt der Genehmigung bildende Geschäft in irgend welcher Beziehung ungiltig oder anfechtbar erscheint; sie unterscheiden sich aber wieder scharf dadurch, daß im Falle sub 2 der ursprünglich Handelnde und der Genehmigende zwei Personen sind, während im Falle sub 3 die Person dieselbe bleibt.

Eine andere Annäherung besteht zwischen den Fällen sub 1 und 2, indem hier in beiden Fällen der Auctor des ersten Geschäftes eine von dem Genehmigenden verschiedene Person ist. Die Verschiedenheit dieser Fälle ist aber in der Beschaffenheit des zu genehmigenden Rechtsgeschäftes zu suchen, welches im Falle sub 1 den Charakter der Geschäftsführung für einen Andern trägt, im Falle sub 3 aber der Bezugnahme auf einen andern als den selbst handelnden entbehrt, indem der Auctor nicht als Gestor eines Andern betrachtet werden will[5]).

Diese principielle Verschiedenheit der Sachlage, in welcher eine Ratihabition eintreten kann, muß es, obgleich solche hier nur in allgemeinen Umrissen ausgeführt werden konnte, von vornherein als unzweifelhaft erscheinen lassen, daß man überhaupt nicht berechtigt ist, eine allgemeine, auf alle diese Fälle anwendbare Lehre von der Ratihabition zu geben. Es ist bis heute noch Niemanden eingefallen, eine allgemeine Lehre über vorausgehende zustimmende Willenserklärung (Auftrag und Erlaubniß) zu schreiben, obwohl dies Unternehmen gerade so gut am Platze wäre, als die Lehre von der nachfolgenden Zustimmung. Hätte man sich nicht durch den gemeinsamen Namen Ratihabition und etwa noch durch eine mißverstandene Stelle der römischen Quellen irreleiten lassen, man wäre wohl nie zu der Idee gekommen, eine allgemeine Lehre von der Ratihabition zu schreiben. Zum Mindesten hätte man dann den Weg gehen müssen, welcher in dieser Abhandlung eingeschlagen ist, man hätte Untersuchungen über die einzelnen Fälle anstellen sollen, in denen eine nachfolgende Willenserklärung

---

5) Beispiel: Der Curand, der ohne Vormund handelt; er handelt nicht in des Vormunds Namen, nicht als sein Vertreter; sondern für sich.

zu einer vorausgegangenen im organisch conservativen Zusammenhang stehen kann. Würden sich bei dieser Methode Resultate ergeben, die für alle Fälle gemeinsam wären, dann würden diese zu einer allgemeinen Lehre zusammenzustellen sein. Als durchaus verfehlt aber dürfte sich schon hier die Methode darstellen, wie sie bis auf die neueste Zeit von den Schriftstellern über die Ratihabition eingeschlagen ward; die Methode nämlich, eine allgemeine für alle Fälle geltende Ratihabitionslehre auf die Weise zusammenzuleimen, daß man, ohne zu untersuchen, welches die rechtliche Beschaffenheit des zu ratihabirenden Geschäftes sei, die einzelnen für die Ratihabitionsarten speziell gemünzten Quellenaussprüche auf alle Ratihabitionsfälle geradezu ausdehnte.

Der Begriff von „ratihabitio“ und „ratum habere“ ist nämlich nach römischem Sprachgebrauch kein derart technischer, daß wir damit den Begriff eines rechtlichen Akts von ganz bestimmter und unwandelbarer Bedeutung verbinden könnten. Die Ableitung des Wortes ratus von reor, wollen, meinen, welche sich weiter auf das griechische ῥητον — Stamm ῬΗΩ, von wo ἐρεῖν gebildet ist — zurückführen läßt, gibt als nächste Bedeutung „das Gemeinte“, „das Gewollte“. Hiebei wird dem darin enthaltenen Willensausdruck der Beigeschmack einer gewissen Energie zugegeben, so daß „ratum“ dasjenige heißt, was Jemand mit Festigkeit will. Damit stimmt die Definition in

Festi fragm. e Cod. Farn. L. XVII. Qu. XIII. 12. (ed. O. Muelleri) S. 274.

Ratus sum significat putavi, sed aliqui pro firmo, certo ponitur ratus et ratum. Ennius: „Occiduntur ubi potitur ratus Romulus praedam“ et Accius in Menalippo: „Neque ratum est quod dicas, neque quae agitas dicendi est locus“.

Auf diese Weise geht die Bedeutung des Wortes ratus in certus und firmus über.

Pauli diac. excerpta lib. XVII. (edit. cit.) S. 275:

Ratus sum significat puto; item ratus certus et firmus.

Die Verbindungen von ratum esse, ratum haberi, ratum manere und dgl. werden daher in den juristischen Schriften für gleichbedeutend mit firmum esse, valere[6]), firmum manere[7]), non rumpi[8]), non rescindi[9]) und ähnlichen Wendungen gebraucht.

---

6) l. 39 pr. D. de judic. 5, 1. l. 14 § 1 D. de interrogat. 11, 1. l. 29. § 15. D. de lib. et post. 28, 2. ll. 16. 24 D. de test. mil. 29, 1. l. 41 § 8 D. de leg. III. 32. ll. 170, 188 D. de R. J. 50, 17. l. 11. C. de transaction. 2, 4.

7) l. 8 § 25 D. de transact. 2, 15. l. 64—66. pr. D. de don. i. v. e. u. 24, 1.

8) l. 6 § 1 D. qui testam. fac. 28, 1. l. 16 § 1 D. de vulg. subst. 28, 6.

9) l. 10 C. de fide instr. 4, 21. l. 7 C. de rescind. vend. 4, 44.

Ueblich ist die Verbindung ratum habere, besonders auch in den Formeln des prätorischen Ediktes, z. B.:

Ait Praetor: QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT RATUM NON HABEBO [10]); gleichwie auch dieselbe Bezeichnung außerhalb der Ediktsformeln für die Entstehung prätorischer Rechtsbildungen gebraucht wird, z. B. in

l. 3 pr. D. de recept. arb. 4, 8,

l. 4 D. de auct. tut. 26, 8,

l. 1 § 10 D. de op. novi nunc. 39, 1.

Auch vom judex heißt es „ratum habere debet“ in l. un. C. de satisdando 2, 57 im Sinne der Aufrechthaltung eines Prozesses.

Hiermit dürfte festgestellt sein, daß der Ausdruck ratum und ratumhabere je nach den Verhältnissen, auf welche er sich bezieht, verschiedene rechtliche Bedeutung haben muß. Wir können daher die Definition, die Ulpian in l. 12 § 1 D. rat. rem 46, 8 mit den Worten: „Rem habere ratam hoc est comprobare adgnoscereque quod actum est a falso procuratore“ keineswegs als eine ausschließende in dem Sinne betrachten, als ob die Bezeichnung ratum habere lediglich für den Fall unbeauftragter Stellvertretung anwendbar wäre. In l. 12 § 1 D. cit. ist vielmehr nur gesagt, was der Ausdruck ratam rem habere in Verbindung mit einem Geschäftsführungsverhältniß, nicht was er in anderen Verbindungen für eine Bedeutung hat.

Was den deutschen Sprachgebrauch anlangt, so gebrauchen die Juristen wie Nichtjuristen das Wort Genehmigung gleichfalls ganz ähnlich wie die Römer in den verschiedensten Fällen und täglich in verschiedenem rechtlichen Begriffe. Angesichts dieser schwankenden Bedeutung von ratum habere und genehmigen ist man zu der Frage berechtigt, warum wir gerade die drei aufgestellten Kategorien von Ratihabition zum Gegenstand unserer Abhandlung machen? Die Antwort hierauf liegt erstens in der Erfahrung, daß bei der juristischen Betrachtung der Ratihabition keine anderen als die angeführten drei Rechtsverhältnisse in Verbindung mit nachfolgender Willenserklärung behandelt werden, und zweitens in der Erkenntniß, daß ein juristisches Interesse an der mit ratumhabere bezeichneten Handlung nur in jenen Fällen vorliegt.

Um in die Darstellung der Ratihabitionslehre eine größere Klarheit zu bringen, sollen in den gegenwärtigen Abhandlungen für die ausgeschiedenen drei Ratihabitionskategorien die folgenden deutschen Bezeichnungen gebraucht werden:

---

[10]) l. 1 D. quod met. causa 4, 2. cf. l. 9 § 3. l. 21 § 1 D. eod.

1. Für den Fall der Ratihabition einer Geschäftsführung der Ausdruck **Genehmigung.**
2. Für den Fall der Ratihabition einer von einem Anderen vorgenommenen Handlung, die fremder Einwilligung bedarf, der Ausdruck **nachfolgende Einwilligung.**
3. Für den Fall der Ratihabition des eigenen Geschäftes der Ausdruck **Bestätigung.**

§ 2.

Literatur und kurze Orientirung über dieselbe.

A. Monographien.

1. Georg. Galli Lukcii Diss. de ratihabitione. Argent. 1657.
2. Burc. Bardilii de Ratihabitione. Tubing. 1662.
3. Casp. Ziegleri, disput. de ratihabitione ejusque effectu juris. Wittebergae 1670. Auch enthalten in Ejusd. discept. select. n. 17.
4. Ahasv. Fritschius de jure ratihabitionis. Lipsiae 1687.
5. Joh. Christ. Heroldt, tractatus novus de jure ratificationis seu ratihabitionis. Lipsiae 1687.
6. Josephi Holleri, disput. de ratihabit. Ultraject. 1698.
7. Daniel de Venne, de ratihabitione. Ultraject. 1719.
8. Hier. Frid. Schorch, de ratih. gestorum a falso procurat. Erford. 1732.
9. Guilh. Engelen, disput. de ratihabitione ad leg. ult. ad Senatus consultum Macedonianum. Ultraj. 1732.
10. Henr. Christ. Mahnii, Commentatio de jure ratihabitionis gestorum. Erford. 1732.
11. Jo. Gottfr. de Meiern, Comm. de jure ratihabitionis gestorum. Erford. 1741.
12. Gilbert. Reitz, Diss. de ratihabitione et retractatione. Traject. ad Rhen. 1755.
13. Busse, Diss. de ratihabitione. Lipsiae 1831.
14. Agricola, de Ratihabitione. Bonn-Gothae 1848.
15. Bechhaus. Ueber die Ratihabition der Rechtsgeschäfte. Civilistische Abhandlung. Bonn 1859.
16. Julius Griesinger, zur Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. Dissertation. Tübingen 1862.
17. A. F. L. Gregory, Specimen juriscivilis de ratihabitione. Hagae-Comitis 1864. (Hiezu die kurze Kritik von Windscheid in der Münch. Kr. V. J. Schr. Bd. VI. S. 414.)

Von den citirten Abhandlungen lagen dem Verfasser Nr. 3. 5. 10. 12. 13. 14. 15. 16. 17. vor. Die übrigen waren nicht zu erlangen.

Der wissenschaftliche Werth der benützten Abhandlungen ist, soweit sie vor Busse's Schrift fallen, ganz außerordentlich gering. Im gewöhnlichsten Dissertationenstyl ihrer Zeit geschrieben, mit hohltönenden Phrasen um sich werfend, dabei oft sehr umfangreich (Heroldt's Disser-

tation enthält allein 563 engbedruckte Quartseiten!) und vollständig geistlos, lohnen dieselben in der That nicht der näheren Betrachtung. Wir werden daher nur selten auf diese Schriften in dem Verlaufe gegenwärtiger Untersuchung zurückzukommen Veranlassung haben. Busse's Abhandlung zeichnet sich zwar in Bezug auf die Darstellung äußerst vortheilhaft vor den vorangehenden aus, kann jedoch in ihren Resultaten, soweit sie von den früheren selbstständig sind, nicht anders als verfehlt genannt werden.

Agricola's Abhandlung ist in vieler Hinsicht sehr brauchbar, leidet jedoch an demselben principiellen Mangel, daß sie eine Ausscheidung der einzelnen Ratihabitionsarten nicht versucht.

Auf Agricola folgt Beckhaus, der sich in sehr bedenklicher Weise an Agricola anlehnt. Von einer Scheidung der Ratihabitionen ist auch hier nicht die Rede.

Denselben Prinzipalfehler haben Griesinger's und Gregory's Abhandlungen, die im Uebrigen beide mit viel juristischem Geschicke die Lehre behandeln. Es ist gewiß bemerkenswerth, daß sich bei diesen letzterwähnten drei Autoren bereits die Nothwendigkeit ergeben hat, neben der allgemeinen Ratihabitionslehre noch besondere Betrachtungen über die Ratihabition von Geschäftsführung finden, die freilich neben der allgemeinen Ratihabitionslehre unselbstständig einhergehen. Zur näheren Beleuchtung dieser neueren Abhandlungen werden wir übrigens bei den einzelnen Ausführungen häufig Gelegenheit haben.

B. In anderen Werken.

Arndts, Pand. § 78 u. 298.

Böcking, Pand. des röm. Privat-Rechts oder Inst. des heut. C. R. 2. Aufl. 1853. II. Bd. § 116.

Dernburg, Pfandrecht, I. Bd. S. 207 § 24.

Fritz, Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu Wening-Ingenheims Lehrbuch. 1834. I. Bd. I. Buch. 6. Cap. Nr. 2.

Glück, Comment. Bd. 5 S. 419, S. 325 ff. Bd. XVIII. S. 3 ff. § 1026.

Göschen, Vorlesungen über das gem. C. R., herausgegeben von Erxleben (2. Aufl. von O. Göschen 1843) § 110 S. 318.

Hufeland, über den eigenthümlichen Geist des röm. Rechts. I. Bd. 4. Abhandlung. „Ueber die verschiedenen Wirkungen der Genehmigung von Rechtsgeschäften" S. 299 ff.

Jhering, Jahrb. f. Dogm. I. Bd. S. 295 ff.

Derselbe, Geist des röm. Rechts III. Theil 1. Abtheilung. § LIII. II. 2. S. 151 ff.

Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. IX. S. 455 ff. Bd. VII. S. 341 ff.

Kreitmayr, Anmerkungen zum Cod. Max. Bav. Civ. Th. IV. C. 9. § 1. 2. 3. Nr. 1. S. 516 ff.

Lasalle, System der erworbenen Rechte. I. Band. Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze. § 10. S. 317—336.

Matthiä, Controv.-Lexikon. Leipzig 1856 s. v. Ratihabition. S. 210.
Mühlenbruch, Lehrb. des Pand.-Rechts. 2. Auflage. I. Bd. § 100 S. 195.
Puchta, Pand. § 52. Vorles. I. S. 112. 115. 121. II. S. 192 (2. Aufl.).
v. Savigny, System IV. § 203. S. 558 ff.
Seuffert, Pand. § 89. 389. 343.
Sintenis, das prakt. gem. Civ.-Recht (2. Aufl.) I. Bd. § 18. S. 155 ff.
Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. II. Bd. (1801) Abh. Nr. 10 S. 243 ff. und Civ. Abhandl. Nr. 20.
Unger, System des österr. allg. Privatrechts (Leipzig 1859) II. Bd. § 92 S. 162 ff.
v. Vangerow, Leitfaden 2c. I. § 88 u. III. § 664. A. III.
Wächter, Handbuch des württemb. Pr.-R. Bd. II. S. 739 ff. § 100.
Windscheid, Pand. I. Bd. § 74. A. 3–7. § 81. A. 5. 7. 8. § 83. A. 4–6.

Von den aufgezählten Werken sind hier Sintenis und Windscheid des Näheren zu besprechen, weil beide allein den Versuch einer Ausscheidung der Ratihabitionsarten machen.

Sintenis a. a. O. S. 159 ff. zählt nämlich nach Verschiedenheit der genehmigten Handlungen fünf Klassen von Ratihabition auf, je nachdem die Ratihabition betrifft:

1) die Handlungen der Stellvertreter eines Andern, soweit nicht bei ihnen es aus besonderen Gründen einer Genehmigung gar nicht bedarf;
2) die Verfügungen Anderer, welche dazu nicht ermächtigt waren, über uns gehörige Sachen, wodurch jene mit Dritten in ein Rechtsverhältniß getreten, und ein solches an letzteren entstehen sollte;
3) Handlungen und Verfügungen Anderer über ihre Sachen, welche entweder wegen eines besonderen persönlichen Verhältnisses, d. i. der väterlichen Gewalt, die ersteren, oder wegen bestehender Rechte Dritter die letzteren nicht mit der beabsichtigten Wirksamkeit vornehmen können;
4) die eigenen Handlungen, welche man zu einer Zeit vorgenommen hat, wo sie aus Gründen, welche die Handlungsfähigkeit beschränken, keine vollständige, sondern nur eine natürliche Wirkung haben, während die Genehmigung unter solchen Umständen geschieht, wo jene mit vollem Erfolge hätte vorgenommen werden können;
5) die eigenen Handlungen, deren Wirksamkeit überhaupt angefochten werden konnte, welche nun durch die spätere Genehmigung unanfechtbar werden.

Diese Fünftheilung, mit welcher Sintenis jedenfalls sich das Verdienst erworben, den richtigen Weg angedeutet zu haben, auf welchem man allein zum Ziele gelangen kann, wurde von Heimbach in dem cit. Aufsatz im Rechtslexikon vollständig acceptirt.

Es ist leicht ersichtlich, daß sich die Fünftheilung recht wohl in den von uns aufgestellten drei Klassen unterbringen läßt. Die erste Klasse bei Sintenis entspricht genau der Genehmigung (unserer ersten Kategorie); die 2. und 3. Abtheilung bei Sintenis entspricht unserer 2. Kategorie (nachfolgender Einwilligung); zu der Unterabtheilung nach der von Sintenis angegebenen Rücksicht ist keine Veranlassung gegeben. Ebenso entsprechen die 4. und 5. Abtheilung genau der Bestätigung (unserer 3. Kategorie) und die Scheidung in zwei Abtheilungen, welche Sintenis beliebt, ist durch keinen inneren Grund geboten. Andeutungen der dieser Abhandlung zu Grunde liegenden Dreitheilung finden sich bei Windscheid a. a. O., welcher die Genehmigung von der Bestätigung ganz vollständig lostrennt und von Genehmigung überhaupt blos in den Fällen der Geschäftsführung und da gesprochen haben will, wo wir von nachfolgender Einwilligung reden. Uebrigens hat Windscheid besonders, was Benützung der Stellen anlangt, die von ihm selbst empfohlene Trennung nicht mehr durchaus beachtet, wie wir im Verlaufe dieser Abhandlung zeigen werden.

§ 3.

Plan der Abhandlung. Stellung der Ratihabitionslehre im System.

Den drei Arten der Ratihabition entsprechend zerfällt die Abhandlung in drei völlig selbstständige Theile:

Erstes Hauptstück: Von der Genehmigung.

Zweites Hauptstück: Von der nachfolgenden Einwilligung.

Drittes Hauptstück: Von der Bestätigung.

Die Lehre von der Ratihabition pflegte in dem allgemeinen Theile der Pandektenhandbücher an der Stelle abgehandelt zu werden, wo von Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte gesprochen wird.

Ein Blick auf die vorstehende Dreitheilung belehrt uns, daß die Berechtigung zur Einnahme dieser Stellung nur einer Ratihabitionsart gebührt, nämlich der Bestätigung. Da die Bestätigung als Objekt stets ein ungiltiges Geschäft voraussetzt, so ist es in der Ordnung, daß die Lehre von derselben im Zusammenhang mit der Lehre von der Ungiltigkeit vorgetragen wird.

Dagegen hat die Genehmigung fremder Geschäftsführung an dieser Stelle nichts zu thun. Diese Lehre gehört nur insoweit in den allgemeinen Theil, als bei der Lehre von der Stellvertretung neben dem Auf-

trag auch die Genehmigung zu erwähnen ist. Der Hauptsache nach gehört sie, wie das Mandat, in den speziellen Theil des Obligationenrechts als Anschluß zu der Lehre von der Geschäftsführung (negotiorum gestio).

Dagegen ist die Lehre von der nachfolgenden Einwilligung wieder einzustellen in den allgemeinen Theil; jedoch nicht bei der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte, sondern bei Besprechung der Handlungsfähigkeit und ihrer Beschränkungen.

Eine zusammenhängende Behandlung im Pandektensystem kommt sonach der Lehre von den Ratihabitionen nicht zu.

Spezieller Theil.

Erstes Hauptstück.

Von der Genehmigung fremder Geschäftsführung.

Spezial-Literatur.

Chambon, die negotiorum gestio. Leipzig 1848 § 5 u. 6. S. 50—62.
Ruhstrat im Arch. f. civ. Praxis. XXXII. Bd. S. 173 ff. XXXIII. Bd. S. 25 ff. 213 ff. XXXIV. Bd. S. 59 ff.
H. Dankwardt, die negotiorum gestio. Rostock 1855. § 20. S. 24 ff.
Buchka, die Lehre von der Stellvertretung.
Brinz, Krit. Blätter Nr. 2.
Leist, civilist. Studien. II. S. 103—164.
F. O. Köllner, die Grundzüge der obligatio negotiorum gestorum. Göttingen 1856. Anhang. 5. Theil. § 42—44. S. 117—126.

§ 4.

Allgemeines über fremde Geschäftsführung. Vorausgehende Veranlassungsgründe derselben. Unberufene Geschäftsführung.

Von Führung fremder Geschäfte oder Besorgung fremder Angelegenheiten sprechen wir gerade, wie die Römer von negotiorum gestio, bald in allgemeinerer, bald engerer Bedeutung. Im allgemeinsten Sinne überall, wo ein Handeln im Interesse eines Andern vorliegt, ganz abgesehen davon, durch welches Verhältniß dieses Handeln hervorgerufen ist.

Es kann sein, daß die Geschäftsführung durch einen ihr zeitlich vorangehenden Grund veranlaßt ist.

Solche Anstoß gebende Gründe sind dreierlei denkbar:

1) Ein Vertragsverhältniß zwischen demjenigen, welcher fremde Geschäfte besorgt, und demjenigen, dessen Geschäfte er besorgt;
2) ein öffentliches Amt, z. B. cura bonorum irgend welcher Art, Vormundschaft;
3) die Verfassung einer juristischen Person, in Folge deren Jemand zum Handeln für diese berechtigt erscheint.

Ueberall wo ein Vertrag die Veranlassung zu einer fremden Geschäftsführung bildet, liegt begriffsmäßig eine Willenserklärung derjenigen Person vor, deren Geschäfte geführt werden. Diese Geschäftsführung hat also ihren Grund in einer vorausgehenden Willenserklärung des Geschäftsherrn.

Dies ist nicht der Fall bei einer Geschäftsführung, welche auf einen der sub 2 und 3 angeführten Gründe basirt; hier ist nicht der Wille des Geschäftsherrn die Veranlassung, sondern ein, sei es von einem dritten, sei es von der Obrigkeit ausgehender Bestellungsakt.

Der Vertrag, welcher Führung fremder Geschäfte veranlaßt, kann sein:

a) Auftragsverhältniß (mandatum),
b) Dienstmiethe (locatio conductio operarum),
c) Gesellschaft (societas) [1]).

Daß ein Auftrag Veranlassung zur Geschäftsführung sein kann, bedarf keiner Begründung. Aber auch dem Dienst-Miethvertrage liegt der Gedanke zu Grunde, daß die Thätigkeit eines andern für den Miether in Anspruch genommen wird, gerade wie beim Auftrag der Mandatar seine Thätigkeit für den Auftraggeber verwendet. Die Natur dieser Thätigkeit ist gleichfalls bei diesen Verträgen nicht prinzipiell verschieden. Offenbar kann dieselbe Thätigkeit, wenn unentgeltlich geleistet,

---

[1]) Als vierten Grund, der die Geschäftsführung, ihr vorausgehend, veranlassen konnte, hat man das väterliche Gewaltverhältniß aufgestellt. Dies scheint auf einer Verwechslung der Geschäftsführung mit dem Begriffe der Stellvertretung zu beruhen, über deren Auseinanderhalten weiter unten gesprochen wird. Man kann nicht sagen, deßwegen weil der Sohn, welcher in patria potestate steht, durch seine Handlungen auf die Person des Vaters hinüberwirken, Verpflichtung und Berechtigung hervorrufen kann, führt er des Vaters Geschäfte; — es sei denn, daß wirkliches Mandat von des Vaters Seite oder eine negotiorum gestio im engeren Sinne vorliegt. Letzteren Falls ist es dann nicht das väterliche Gewaltsverhältniß, welches den Sohn zum Geschäftsführer macht. Außerdem aber führt der Sohn seine eigenen Geschäfte und es ist lediglich eine Folge der beschränkten Anerkennung seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit, daß sein Handeln unter Umständen auf den Vater hinüber wirkt. Beim Haussohn wie beim Sklaven liegt eine unfreie Stellvertretung, aber keine Geschäftsführung vor.

als Folge eines Auftrags erscheinen, welche, weil Bezahlung dafür versprochen, als Folge einer Dienstmiethe auftritt. So wird Niemand zweifeln, daß ein Auftragsverhältniß vorliegt, wenn ich einen guten Freund zur Besorgung eines Einkaufs in einen Laden schicke, ohne daß von einer Seite an eine Bezahlung gedacht wird. Umgekehrt liegt eine Dienstmiethe vor, wenn ich einen Dienstmann zur Besorgung des nämlichen Einkaufs veranlasse.

Da nur die Frage, ob Bezahlung oder nicht, zwar für die Natur der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Veranlasser und dem Veranlaßten, nicht aber auf die hervorgerufene objective Thätigkeit in ihrer wirthschaftlichen Stellung und Bedeutung von Einfluß sein kann, so folgt daraus, daß die durch Dienstmiethe hervorgerufene Thätigkeit nicht minder eine Geschäftsführung, wie die Thätigkeit des Mandatars ist[2]).

Was den Societätsvertrag anlangt, so ist es nicht eigentlich die Societät als solche, welche die Veranlassung zur Geschäftsführung enthält, sondern vielmehr die im Societätsvertrag liegende Beauftragung oder Dienstmiethe. Da jedoch diese letzteren Verhältnisse nicht zum besonderen Ausdruck kommen, vielmehr im Societätsvertrag ihren Ausdruck finden, so muß der letztere unter den Veranlassungsgründen zur Geschäftsführung aufgeführt werden[3]).

Bei einer Geschäftsführung, welche in einem der angeführten Gründe ihre vorausgehende Veranlassung und Rechtfertigung hat, ist es offenbar bedeutungslos, ob derjenige, dessen Geschäfte geführt wurden, nachträglich noch eine Willenserklärung des Inhalts abgibt, daß er die Geschäftsführung als die seinige aufrecht erhalten wolle oder nicht. Denn weil durch die nachträgliche Mißbilligung der vorausgegangene Rechtfertigungsgrund nicht alterirt wird, so kann umgekehrt die Billigung als etwas Ueberflüssiges und darum rechtlich Bedeutungsloses betrachtet werden.

Es kann aber auch eine Führung fremder Geschäfte geben, welche eines vorausgehenden Veranlassungs- oder Rechtfertigungsgrundes entbehrt, und dann spricht man von unberufener Geschäftsführung, **negotiorum gestio** im engeren Sinne.

Diese unberufene Geschäftsführung ist das Gebiet, auf welchem die Genehmigung zur Anwendung und Wirksamkeit gelangt, und darum haben wir uns näher mit derselben zu beschäftigen.

---

2) Anerkannt ist dies bei Köllner, a. a. O. § 2 Nr. 4.

3) Daß die Römer im Falle der Societät auch von **negotium gestum** sprachen, beweist l. 33 D. pro socio 17, 2.

§ 5.

Beziehung der Geschäftsführung auf eine Person. Subjective — objective Beziehung. Berechtigung, eine Geschäftsführung für sich in Anspruch zu nehmen. Genehmigungsrecht. Concurrenz mehrerer Personen. Genehmigungsbefugniß der Erben und Concursgläubiger.

Wenn eine unberufene Geschäftsführung vorliegt, so kann derjenige, welcher als der Geschäftsherr erscheint, nachträglich eine Willenserklärung des Inhalts abgeben, er sei mit der Geschäftsführung einverstanden. Zunächst tritt die Frage an uns heran, wer denn als Geschäftsherr bezüglich der Thätigkeit eines andern erscheint? Genauer ausgedrückt lautet diese Frage: Unter welchen Voraussetzungen erscheint die Handlung eines Individuums, des Gestor, von der Art, daß ein Anderer als Geschäftsherr, dominus negotii, auftreten und vermöge dieser Eigenschaft das negotium genehmigen kann?

Zur Vereinfachung der Personenbezeichnung in den folgenden Untersuchungen sei hier bemerkt, daß wir das handelnde Individuum stets mit G (gestor), den Geschäftsherrn mit D (dominus) bezeichnen wollen.

Offenbar kann nicht jede Handlung einer Person von einer andern als Geschäftsführung in Anspruch genommen werden. Wenn ich z. B. ein Kaufgeschäft abschließe, kann nicht ein Dritter kommen und sagen: „Ich eigne mir dies Geschäft als das meinige an". Regelmäßiges Erforderniß, um eine Thätigkeit als eine Geschäftsführung erscheinen zu lassen, ist vielmehr, daß der Handelnde die Absicht hat, nicht für sich, sondern für einen Anderen thätig zu sein. Diese Willensrichtung hat man nicht unpassend als den animus negotia aliena gerendi bezeichnet. Insofern aber diese Willensrichtung nicht blos das negative Moment enthält, welches die Eigenschaft der Thätigkeit als eigenes Geschäft des Handelnden ausschließt, sondern auch die positive Bezugnahme auf eine bestimmte andere Person, spricht man von contemplatio domini.

Dieser Wille muß zur Erscheinung kommen; denn ein lediglich im Innern einer Person vor sich gehender Willensakt ist, weil nicht wahrnehmbar, für das Gebiet des Rechts ohne Bedeutung. Wie derselbe zur Erscheinung kommt, ob durch ausdrückliche Erklärung, die selbstverständlich sowohl dem dominus als dritten Personen gegenüber abgegeben werden kann, oder durch concludente Handlungen, ist gleichgiltig. Nur ist hervorzuheben, daß sehr häufig die geschäftsführende Thätigkeit vermöge ihres Objekts selbst den Schluß auf jene Willensrichtung erlaubt. Dies ist der Fall bei jener Geschäftsführung, welche objektiv in den Geschäftskreis einer bestimmten Person fällt. Regelmäßig werden sich die

subjektive Willensrichtung des Gestor und das objektive Angehören des Geschäftes decken.

Als dominus negotii erscheint daher der gleichzeitig durch die Contemplatio und die objektive Angehörigkeit des Geschäftes angezeigte Dritte; er allein kann die Geschäftsführung genehmigen.

Ist aber das Geschäft von der Art, daß sich eine objektive Angehörigkeit desselben an eine bestimmte Person nicht erkennen läßt, dann entscheidet einzig und allein die Willensrichtung des gestor über die Person des dominus.

Die objektive Angehörigkeit eines Geschäftes kann mit der subjektiven Willensrichtung des G in Widerspruch stehen.

Dies ist zunächst in der Art möglich, daß G den X als Geschäftsherrn im Auge hat, während Y objektiv als Geschäftsherr erscheint. Z. B. Ich glaube, das Haus, auf welches ich den Einsturz hindernde Verwendungen mache, gehört dem X; es gehört aber dem Y; oder ich heimse die Aernte auf dem Gute des abwesenden Y ein und verwerthe sie im Glauben, das Gut gehöre dem abwesenden X; oder ich ziehe eine durch schlechte Wirthschaft des Schuldners gefährdete Forderung Y von dessen Schuldner ein, im Glauben, es sei die Forderung des X.

Wer erscheint in diesen Fällen als dominus negotii, wer kann ratihabiren? Oder können etwa beide, der X und der Y ratihabiren? wenn ja, in welcher Rangordnung?

In den Quellen findet sich eine Reihe von Entscheidungen des Inhalts, daß mit der negotiorum gestorum actio contraria nur derjenige belangt werden könne, welcher objektiv als Geschäftsherr erscheint.

Z. B.: Sed si, quum putavi Titii negotia esse, quum essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius mihi actione negotiorum gestorum tenetur (l. 5 § 1 D. de N. G. 3, 5.).

Ebenso: l. 6 § 8. l. 31 § 1. l. 32. l. 45 § 2. h. t. 3, 5. l. 14 § 1 s. f. D. comm. div. 3, 5.

Selbstverständlich steht auch diesem objektiven Geschäftsherrn die directa actio neg. gest. zu.

Wir gewinnen hieraus die folgende Schlußfolgerung: Wenn der objektiv als Geschäftsherr Erscheinende in Bezug auf actio n. g. contraria Beklagter und Kläger mit der a. directa sein kann, so ist er auch berechtigt zu genehmigen.

Als feststehend ist sonach zu betrachten, daß in den oben angeführten Beispielen überall der Y ratihabiren kann.

Sollte nicht auch der weitere Schluß erlaubt sein: weil gemäß obiger Quellenzeugnisse nur der Sempronius als Beklagter der actio n. g. contr. gewählt werden kann, so ist auch er allein ratihabitionsberechtigt, der Titius aber nicht?

Für Bejahung dieser Frage spricht:

l. 6. § 11 D. de N. G. 3, 5 (Julianus):

„Quid ergo, inquit Pedius, si, quum te heredem putarem, insulam fulsero hereditariam, tuque ratum habueris, an sit mihi adversus te actio? Sed non fore ait, quum hoc facto meo alter sit locupletatus et alterius re ipsa gestum negotium sit, nec possit, quod alii acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.

Hier wird die Ratihabition des lediglich von der subjektiven Willensrichtung des G erfaßten X für unwirksam erklärt.

Dagegen die §§ 9 und 10 derselben lex, welche folgende Entscheidungen geben:

§ 9. Item quaeritur apud Pedium libro septimo: Si Titium, quasi debitorem tuum, extra judicium admonuero, et is mihi solverit, quum debitor non esset, tuque postea cognoveris et ratum habueris, an negotiorum gestorum actione me possis convenire? Et ait, dubitari posse, quia nullum negotium tuum gestum est, quum debitor tuus non fuerit. Sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium, et sicut ei, a quo exactum est, adversus eum datur repetitio, qui ratum habuit, ita et ipsi debebit post ratihabitionem adversus me competere actio. Sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum.

§ 10. Idem ait, si Titii debitorem, cui te heredem putabam, cum esset Sejus heres convenero similiter et exegero, mox tu ratum habueris, esse mihi adversus te, et tibi mutuam negotiorum gestorum actionem. Atqui alienum negotium gestum est, sed ratihabitio hoc conciliat; quae res efficit, ut tuum negotium gestum videatur, et a te hereditas peti possit.

Daß die beiden letzteren Quellenaussprüche nicht principiell mit dem § 11, der unmittelbar nachfolgt, in Widerspruch stehen können, liegt auf der Hand. Aber auch der Grund der verschiedenen Entscheidungen läßt sich aus den Quellenzeugnissen entnehmen.

Sobald nämlich der Einfluß der Geschäftsführung auf das Vermögen einer Person ganz unmittelbar einwirkt, sobald, wie dies in § 11 der Fall ist, das negotium alii acquisitum est, ipso gestu d. h. ohne jede vermittelnde Thätigkeit von Seite einer bestimmten Person dennoch deren Vermögensstand alterirt z. B. durch Verwendungen (Stützung des Hauses), die auf eine Sache gemacht werden, dann hat die Genehmigung einer andern als dieser bestimmten Person, ob es gleich die irrthümlich vom Gestor in's Auge gefaßte sei, keine Bedeutung, weil es ihm doch nicht möglich ist, sich die Resultate der Geschäftsführung anzueignen, solche vielmehr dem objektiven Geschäftsherrn allein zu Gute kommen können.

So die Entscheidung des § 11 cit.

Wo dagegen die Geschäftsführung, obgleich sie ihrem Gegenstande nach in den Geschäftskreis eines Andern als des vom Gestor ins Auge gefaßten fällt, eine unmittelbare Wirkung auf den Vermögensstand des objektiv als dominus Erscheinenden nicht ausübt, da kann eine Ratihabition des subjektiven dominus eintreten.

Auf diesem Prinzip basiren die Entscheidungen der §§ 9 und 10. Wenn ich eine Forderung einkassire als die Forderung des X, während sie dem Y zusteht; so wird dadurch der Schuldner des Y offenbar nicht befreit; der Y hat die Forderungsklage nach wie vor; der Schuldner aber hat gegen mich die condictio indebiti. Diese Schuldeinkassirung wirkt also nicht ipso gestu auf das Vermögen des Y ein. Darum kann der X ratihabiren.

Gemäß der vorhergehenden Beweisführung hat aber in Fällen dieser Art auch der Y das Recht, zu genehmigen [1]). Es fragt sich nun, wie verhält sich das Genehmigungsrecht des Einen zu dem des Andern? Können beide nach einander genehmigen? Wenn beide gleichzeitig genehmigen wollen, wer geht vor?

Am einfachsten liegt die Entscheidung dann, wenn Y, der objektive dominus negotii, zuerst ratihabirt. Durch seine Genehmigung hat er sich das Geschäft angeeignet, dasselbe gewinnt durch die Genehmigung einen Einfluß auf sein Vermögen und nimmt also jetzt dieselbe Stellung ein, wie dasjenige Geschäft, welches schon ohne Genehmigung das Vermögen ipso gestu beeinflußt. Derjenige, welchen die subjektive Willensrichtung des Gestor im Auge hatte (X) befindet sich nach der Genehmigung des Y in der im § 11 der cit. l. 6 h. t. geschilderten Lage; seine Genehmigung ist wirkungslos, m. a. W. er kann nicht mehr genehmigen. Ein Beispiel wird dies erläutern: Wenn ich die Forderung des Y einziehe, im Glauben, dieselbe stehe dem X zu, und Y genehmigt diese Thätigkeit, so wird dadurch — es muß diese Wirkung der Genehmigung hier anticipirt werden — der Schuldner befreit; in dieser Befreiung liegt die Einwirkung auf das Vermögen des Y; und wegen derselben hat die Genehmigung, die nachher der X noch ertheilen wollte, keinen Sinn, und darum keine Wirkung mehr.

Wenn umgekehrt der X seine Genehmigung ertheilte, so steht damit gleichfalls fest, daß nunmehr die Geschäftsführung auf sein Vermögen einwirkt. Denn er hat gegen den Gestor die actio neg. gest. directa und wird belangbar mit der contraria. Außerdem ist er je nach Umständen einer Klage des etwa vorhandenen Dritten ausgesetzt, z. B. in dem bis-

---

1) Uebereinstimmend Köllner a. W. S. 123.

her als Beispiel benützten Falle der Schuldeinziehung der condictio indebiti seitens des Schuldners.

l. 6 § 9 u. 11 cit.

Seit der Genehmigung wirkt also die Geschäftsführung ein auf das Vermögen des X; durch die Genehmigung hat er sich dieselbe angeeignet. Unter Zuhilfenahme des in dem § 11 der l. 6 cit. ausgesprochenen Grundsatzes, daß eine Geschäftsführung, trotz des über die Person obwaltenden Irrthums, sobald dieselbe eine direkte Einwirkung auf das Vermögen einer Person ausübt, nicht mehr von der anderen in Anspruch genommen werden kann, gelangen wir zu der Folgerung, daß, nachdem einmal X seine Genehmigung ertheilt hat, der Y seinerseits die Geschäftsführung des G nicht mehr einfach als die seinige mit Ratihabition in Anspruch nehmen kann. Eine andere Frage ist die, ob nicht Y das Recht hat, den X nach dessen Genehmigung selbst als Geschäftsführer zu behandeln, dem gemäß die vorgenommenen Handlungen zu ratihabiren, sich auf diesem Wege indirekt die Resultate auch der Geschäftsführung des G anzueignen, ja, indem er auf Cession der aus der Genehmigung des X für diesen gegen G entstandenen actio neg. gest. contraria ein Klagerecht hat, durch erzwungene bez. fingirte Cession derselben dem G gegenüber die Stellung des dominus negotii zu gewinnen. Die Beantwortung dieser Frage kann hier noch nicht gegeben werden; denn sie erledigt sich erst mit der alsbald nachfolgenden Erörterung darüber, ob ich auch eine ohne die Absicht, fremde Geschäfte zu führen, vorgenommene Thätigkeit deßwegen, weil sie objektiv mein Vermögen betrifft, durch Ratihabition mir aneignen kann.

In dieser Entscheidung liegt nicht, wie man vielleicht glauben möchte, eine Benachtheiligung des Y; denn derselbe ist ja durch die Geschäftsführung des G und durch die Ratihabition des X in seinem Vermögen nicht direkt berührt; er hat z. B. in dem Falle der Schuldeinkassierung nach wie vor das Klagerecht gegen den Schuldner, welches er ohne das Dasein der Handlung des G auch hätte. Darin aber würde eine Unbilligkeit gegen den G liegen, wollte man dem Y gestatten, nach der Ratihabition des X noch so zu ratihabiren, als wenn der X nicht bereits inzwischen getreten wäre; denn es würde dadurch G in die höchst unbillige und unangenehme Lage versetzt, zwei domini negotiorum zu haben und nach beiden Richtungen hin verpflichtet zu sein.

Es erübrigt noch die Beantwortung der Frage, wie es bei dem gleichzeitigen Zusammentreffen des X und des Y zu halten ist, wenn also beide ratihabiren. Ein solches Zusammentreffen ist in mehrfacher Weise denkbar; entweder so, daß jeder der beiden Kenntniß von der Ratihabition des andern erhält; oder so, daß jeder ohne Kenntniß von der Rati-

habition des Andern ratihabirt. Der erstere Fall wird zur nothwendigen Folge die Aufklärung des subjektiven dominus X haben, daß sich der Gestor im Irrthum befand, als er ihn als dominus negotii betrachtete. Wenn X, dieser Erkenntniß ungeachtet, doch auf seiner Ratihabition bestünde, während auch Y, der objektive dominus, gleichfalls genehmigt, so wäre das entweder sinnlos oder böswillig gehandelt, und es erscheint daher nur billig, der Genehmigung des objektiven dominus negotii den Vorzug zu geben. Das Gleiche muß aber auch für den Fall gelten, wo beide ohne Kenntniß von einander, etwa schriftlich in gleichzeitig bei dem G eintreffenden Briefen ihre Ratihabition erklären. Denn da natürlich der Fall nicht zweifelhaft ist, wo X und Y sich darüber, wessen Ratihabition gelten soll, gütlich einigen, so ist die Voraussetzung einer jeden Entscheidung über die Präponderanz der einen oder anderen Ratihabition ein Streit der beiden Ratihabenten. Hierbei wird aber dasselbe eintreten, wie in dem vorigen Falle: die Feststellung des wahren Sachverhalts und des Irrthums des Gerenten. Die Folge ist auch hier das Vorgehen der von Y dem objektiven dominus gegebenen Genehmigung.

Wir können diese Untersuchung über das Zusammentreffen eines subjektiven und eines objektiven dominus negotii nicht schließen, ohne eine Stelle zu besprechen, welche man vielleicht geneigt wäre, den gewonnenen Resultaten als widersprechend gegenüber zu stellen.

Es ist dies der § 6 der schon mehrfach cit. l. 6. h. t. 3, 5.

(Julianus.) Sed si ego tui filii negotia gessero, vel servi, videamus, an tecum negotiorum gestorum habeam actionem. Et mihi videtur verum, quod Labeo distinguit et Pomponius libro vicesimo sexto probat, ut si quidem contemplatione tui negotia gessi peculiaria, tu mihi tenearis; quodsi amicitia filii tui vel servi, vel eorum contemplatione, adversus patrem vel dominum de peculio duntaxat dandam actionem. Idemque est, et si sui juris esse eos putavi; nam etsi servum non necessarium emero filio tuo, et tu ratum habueris, nihil agitur ratihabitione. Eodem loco Pomponius scribit hoc adjecto, quod putat, et si nihil sit in peculio, quoniam plus patri dominove debetur, et in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex mea administratione factus sit".

Man könnte nämlich versucht sein, aus dieser Stelle die Folgerung zu ziehen, daß nicht der objektiv, sondern nur der subjektiv als dominus Erscheinende ratihabitionsberechtigt bez. fähig sei. Diese Folgerung ist unrichtig. Vor allem ist hervorzuheben, daß die l. 6 § 6 cit. nicht von einem Irrthum des Gerenten über die Person des dominus handelt. Der filius familias oder servus erscheint sowohl nach der Absicht des Gerenten, wie objektiv als der dominus negotii und es liegt daher eine

Divergenz des subjektiven vom objektiven Moment nicht vor. Ganz richtig ist daher die Entscheidung, daß eine Ratihabition des Vaters bez. Herrn unwirksam ist, und zwar auch dann, wenn der Gestor irrthümlich den Sohn für selbstständig (sui juris), den Sklaven für frei hielt. Denn auch in diesem letzteren Falle hört Sohn und Sklave nicht auf als dominus negotii und darum als ratihabitionsberechtigt zu fungiren. Die Bereicherung des Vaters oder Herrn ist nicht die direkte Folge der Geschäftsführung, sondern der Vermögensunfähigkeit bez. beschränkten Vermögensfähigkeit des Sohns oder Sklaven. Würde man dem Vater oder Herrn, der ja doch trotz des indirekten Einflusses auf sein Vermögen nicht als dominus negotii erscheint, Ratihabitionsbefugniß zugestehen, so wäre dadurch die unzweifelhaft bestehende Ratihabitionsbefugniß des Sohns oder Sklaven auf ganz unmotivirte Weise beeinträchtigt. Die ganze Entscheidung wurzelt sonach darin, daß der Vater oder Herr wegen der dazwischen stehenden Person des Sohns oder Sklaven nicht als Geschäftsherr erscheint.

Damit steht auch vollkommen in Einklang die Anschauung, daß die am Schlusse der cit. Stelle erwähnte Klage des Gestor gegen den Vater oder Sklaven nicht eine actio neg. gest. contraria, sondern die actio de in rem versa sei, was von Witte[2]) in überzeugender Weise nachgewiesen ist.

Es erledigt sich sonach jedes auf die l. 6 § 6 cit. gestützte Bedenken gegen die vorgetragene Theorie.

Ein Auseinanderfallen der subjektiven Willensrichtung des Handelnden mit der objektiven Erscheinung des Geschäfts ist ferner in der Weise denkbar, daß der Handelnde gar nicht die Absicht hatte, fremde Geschäfte zu führen, sondern die Absicht, *seine Geschäfte zu besorgen*, daß jedoch das Geschäft objektiv in den Geschäftskreis eines andern fällt.

Hiebei sind wieder zwei Möglichkeiten vorhanden:

a) *Der Handelnde hält die Geschäfte irrthümlich für die seinigen,*

b) *der Handelnde weiß, daß die Geschäfte nicht die seinigen sind.*

Beispiel:

ad a) G glaubt, der Acker N sei sein Eigenthum, und macht Verwendungen auf denselben, oder bestellt eine Servitut daran; oder G glaubt, Erbe des M zu sein, und zahlt Legate.

---

[2]) Bereicherungsklagen S. 38 ff. 264.

ad b) G macht als malae fidei possessor des Ackers N Verwendungen auf denselben, bestellt eine Servitut daran; G zahlt als malae fidei possessor hereditatis Legate oder Erbschaftsschulden.

Es fragt sich, kann in diesen Fällen der objektiv als dominus Erscheinende, wir heißen ihn D, also der Eigenthümer des Ackers oder der wirkliche Erbe ratihabiren?

Für die Beantwortung dieser Frage fehlen direkte Quellenzeugnisse. Wir sind deßhalb auf Schlußfolgerungen angewiesen. Der Weg ist folgender: Wir haben zu untersuchen, ob die Quellen in den angegebenen Verhältnissen irgendwie eine negotiorum gestio bez. eine der damit verbundenen Klagen annehmen. Wo dies der Fall ist, wird dann der Rückschluß erlaubt sein auf die Ratihabitionsbefugniß des D.

ad a) Ob die Quellen in dem Falle, wo Jemand, im Glauben, seine Geschäfte zu führen, fremde führte, eine actio neg. gestorum contraria gaben, kann als zweifelhaft erscheinen[3]). Wenn auf der einen Seite Stellen, wie l. 14 § 1 i. f. D. comm. div. 10, 3; l. 7 § 12 D. de a. r. d. 41, 1; l. 48 D. de R. V. 6, 1; l. 29 pr. D. D. comm. div. 10, 3[4]) unleugbar dagegen sprechen, so sind auf der andern Seite l. 50 § 1 D. de H. P. 5, 3 und l. ult. D. de neg. gest. 3, 5, wahrscheinlich auch l. 14, § 11 und l. 32 de religiosis 11, 7 Aussprüche, welche zum Mindesten die von Witte angenommene Modifikation nöthig machen, daß zu Gunsten des bonae fidei possessor hereditatis eine Ausnahme gemacht wurde. Eine eingehende Besprechung der Frage kann an diesem Platze nicht gefordert werden. Nur möchte ich darauf aufmerksam machen, daß die zu Gunsten des b. f. possessor hereditatis statuirte Ausnahme, welche höchst wahrscheinlich mit dem S. C. Juventianum, sicher nicht eher entstanden ist, nicht mehr und nicht weniger beweist, als daß die Rechtsanschauung von dem Erforderniß des sog. animus obligandi oder negotia alieni gerendi abgegangen ist, und sich daher die Frage aufwerfen läßt, ob für die Beschränkung dieser Neuerung

---

[3]) Man vgl. über diese Frage den Aufsatz von Kämmerer im Arch. f. civ. Pr. VII. Bd. S. 137 ff. (1834. 2. Auflage 1843) s. t.: „Kann Jemand, der in dem guten Glauben, seine eigenen Geschäfte zu treiben, die eines andern gerirt, gegen diesen die neg. gest. actio utilis anstellen?" Daselbst ist die frühere Literatur aufgeführt. Kämmerer verneint die Frage. Dann Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechts Th. I. Abh. I., woselbst die Frage bejaht wird.

Neuerdings hat Witte Bereicherungsklagen (woselbst auch die inzwischen liegende Literatur berücksichtigt ist) sich mit Entschiedenheit für deren negative Entscheidung ausgesprochen (§ 1—5), jedoch mit der m. E. von Witte zu sehr in den Hintergrund gestellten Ausnahme, daß der bonae fidei possessor hereditatis die actio neg. gest. contraria gegen den Erben hat (Vgl. a. W. S. 26 ff.).

[4]) Ueber Erklärung dieser Stelle s. Witte a. W. S. 16 ff.

auf den Fall des b. f. possessor hereditatis ein vernünftiger Grund ersichtlich, und nicht vielmehr die freiere Anschauung auch auf andere Fälle anwendbar sei. Erwägt man hiebei ferner, daß die römischen Juristen bereits von dem Erforderniß der subjektiven Willensrichtung schon insofern nachgelassen haben, als sie in den vorbesprochenen Irrthumsfällen ein Verhältniß der neg. gestio mit beiderseitigen Klagen zwischen dem Gestor und dem objektiven dominus, bezüglich dessen die contemplatio doch auch nicht vorhanden ist, angenommen haben, so muß man wohl eingestehen, daß es nur ein kleiner Schritt auf dem einmal betretenen Wege vorwärts war, wenn sie auch in dem Fall, wo der Handelnde irrthümlich seine Person statt der eines Andern im Auge hat, die actio neg. gestorum contraria gaben.

Wie dem aber auch sein möge, auf jeden Fall haben die Römer in diesem Falle die actio neg. gest. directa dem objektiven dominus gegeben; dies beweist der Anfang der l. ult. cit. mit aller Sicherheit, wo Africanus entscheidet:

Si rem, quam servus venditus surripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda est, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, quum esset meum, gessisses.

Für unsern Zweck genügt aber das Dasein der negotiorum gestorum actio directa, um daraus den Schluß zu ziehen: daß auch in dem Falle, wo jemand im Glauben, seine Geschäfte zu führen, fremde Geschäfte gerirte, derjenige, der objektiv als dominus erscheint, zur Ratihabition berechtigt ist.

ad b) Wenn Jemand wissentlich fremde Geschäfte besorgt als die seinigen, so liegt darin ein doloser Angriff auf eine fremde Vermögenssphäre; denn es gehört dazu die Anmaßung eines fremden Vermögenstheiles, ohne die sich der Wille, das Geschäft für sich zu besorgen, gar nicht denken läßt. Wenn wir nun bedenken, daß die Ratihabition stets ein Recht für den dazu befugten ist, der es in der Hand hat, solche zu geben oder auch nicht, so dürfte sich schon aus der Erwägung, daß derjenige, in dessen Vermögenssphäre die betr. Handlung fällt, dem in bona fide Handelnden gegenüber nicht besser gestellt sein kann, als dem in mala fide Befindlichen gegenüber, die Schlußfolgerung rechtfertigen, daß auch hier D als ratihabitionsberechtigt zu erachten ist.

Einen Beweis dafür, daß die Römer auch in diesem Falle eine negotiorum gestorum actio directa, vielleicht auch eine contraria, annahmen, finde ich in l. 6 § 3 D. h. t. 3, 5.

(Julianus.) „Sed et, si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius, quam

meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, imo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem."

Diese Stelle wird in ihrem ersten Theil von dem unbefangenen Leser nicht anders verstanden werden, als dahin, daß derjenige, welcher fremde Geschäfte wissentlich als die seinigen besorgt, Beklagter der actio negotiorum gestorum directa ist. Denn gerade der Ausdruck „depraedandi causa accedere" deutet auf die widerrechtliche Anmassung eines fremden Vermögenstheiles, wie sie in diesem Falle vorhanden ist. Ob sie in ihrem zweiten Theile (Ipse tamen, si etc.) auch die actio neg. gestorum contraria auf die Bereicherung gewährt, kann dahin gestellt bleiben, da es hier genügt, die directa actio nachzuweisen und aus dieser die Ratihabitionsbefugniß des D zu folgern.

Witte[5]) will freilich der l. 6 § 3 cit. einen andern Sinn unterschieben; er will sich den Fall so denken, „daß Jemand zwar mit dem Bewußtsein, als Geschäftsführer fremde Angelegenheiten zu besorgen, und deßhalb auch mit der Absicht, den dominus neg. zu verpflichten, Handlungen vornimmt, dazu aber durch die Aussicht veranlaßt wird, bei dieser Gelegenheit einen ungerechtfertigten Gewinn zu machen." Er soll dann im Gegensatz zu dem m. f. possessor stets neg. gestor bleiben. In der That wäre es sehr wünschenswerth gewesen, wenn Witte durch Construktion eines praktischen Falles deutlich gemacht hätte, wie er sich die Sachlage denkt. Ich muß gestehen, ich kann mir einen praktischen Fall, in dem Jemand in fremde Vermögensverhältnisse eingreift, wissend, daß diese nicht die seinigen sind, und zwar in der Absicht, fremde Geschäfte zu führen, aber doch gleichzeitig in der Absicht, einen unrechtlichen Gewinn für sich zu machen, nicht vorstellen. M. E. schließen die Absicht, neg. gestor eines Andern zu sein und die Absicht, für sich durch die betr. Handlung einen widerrechtlichen Gewinn zu machen, sich gegenseitig aus. Auch erscheint die Annahme Witte's, derjenige, von dem die l. 6 § 3 cit. spricht, handle als negotiorum gestor, einfach widerlegt durch die ausdrückliche Betonung, daß er „non mei contemplatione" handelt. Und unmöglich könnte ein zum eigenen Vortheil auftretender negotiorum gestor, wenn es überhaupt einen solchen geben kann, als ein depraediator („qui depraedandi causa accedit") bezeichnet werden.

---

[5]) A. W. § 3 S. 22 u. 23, 333.

Daß übrigens negotiorum gestorum actio directa auch dann begründet sein kann, wenn die contemplatio domini fehlt, muß Witte[6]) selbst zugeben, und damit stimmen auch die von Chambon[7]) angestellten Untersuchungen, sowie Dankwardt[8]) überein.

Man könnte noch das Bedenken haben, ob denn ein Interesse des D an der Ratihabition in denjenigen Fällen denkbar sei, in welchen der G mala fide sich in seine Geschäfte mischte? Denn da diese Einmischung ein Delikt enthält (je nach Umständen furtum oder einfacher dolus) so wird dem D gegen G in der Regel eine Deliktsklage zustehen, mit welcher er seine Ansprüche gegen ihn verfolgen kann. Es sind jedoch Fälle denkbar, wo D ein offenbares Interesse an der Genehmigung hat; z. B. es hat G eine Sache des D sich angeeignet und solche zu einem durch zufällige Umstände das Sechsfache des Werthes übersteigenden Preise verkauft. In diesem Falle ist es für D offenbar vortheilhafter, das Geschäft zu genehmigen und vom G den Kaufpreis zu fordern, als mit der actio furti oder doli gegen ihn vorzuschreiten.

Abgesehen von dieser besseren Stellung des D, welche allerdings nur in den seltensten Fällen eintreten wird, muß es denn doch in seiner Befugniß stehen, den Deliquenten in die regelmäßig für den Letzteren günstigere Stellung des Gestor zu versetzen und so eine neg. gestio durch Ratihabition zu fingiren.

Uebrigens ist noch zu erwähnen, daß die Befugniß zur Ratihabition natürlich ganz unabhängig davon ist, ob der D einen Nutzen von der Geschäftsführung hat, oder nicht[9]). Nunmehr können wir auch die oben S. 19 angeregte Frage zu Ende führen, ob nicht im Falle des Irrthums des Gerenten über die Person des dominus der objektive dominus noch nach der Ratihabition des subjektiven dominus die Möglichkeit habe, vermittelst seiner Ratihabition den subjektiven dominus zu seinem Gestor zu machen und sich auf diese Weise zugleich die Geschäftsführung des G anzueignen. Da, wie wir gefunden haben, die Befugniß zur Ratihabition unabhängig von jeder contemplatio domini ist, sobald nur objektiv ein Geschäft der Vermögenssphäre einer bestimmten Person nahe steht, so muß diese Frage bejaht werden.

Auf den schon früher benützten Normalfall angewendet, ergibt sich Folgendes: Wenn X die Schuldeinziehung durch G genehmigt hat, so hört darum diese Handlung nicht auf, objektiv noch der Vermögenssphäre

---

6) A. W. S. 332.
7) A. W. S. 22 ff.
8) A. W. S. 35 ff.
9) Vergl. Köllner a. W. S. 125.

des Y nahezustehen. Darum hat Y, der wahre Gläubiger, jetzt das Recht, den X als seinen Gestor zu behandeln, ihm die Genehmigung als solchem zu ertheilen, von ihm das erhaltene Geld zu fordern und die Cession der dem X gegenüber dem G erworbenen Ansprüche, der actio neg. gest. directa zu verlangen. Mittels dieser Cession nimmt dann Y auch dem G gegenüber mittelbar die Stelle des dominus ein.

Um sich die große praktische Bedeutung dieser Ratihabitionsbefugniß zu vergegenwärtigen, braucht man nur an folgenden Fall zu denken: G hat von dem Schuldner des Y Zahlung zu einer Zeit erhalten, wo dieser noch über Baarmittel verfügen konnte. Kurz darauf erklärt der Schuldner seine Insolvenz. X ratihabirt; jetzt hat Y immer noch die Befugniß, mittels nachträglicher Ratihabition den X und mittelbar den G zu seinen Geschäftsführern zu machen, den Schuldner zu liberiren, sich aber die gezahlte Summe von X zu verschaffen. Daß er auf diese Weise günstiger gestellt ist, als wenn er mit seiner allerdings noch intakt bestehenden Forderungsklage im Concurse des debitor auftreten müßte, liegt auf der Hand.

Ob auch die Erben des D ratihabiren können?

Das Recht zu ratihabiren hängt zusammen mit dem Verhältniß der neg. gestio oder einer vom Rechte fingirten neg. gestio. Das Verhältniß der neg. gestio ist ein vererbliches; folglich ist das Recht zu ratihabiren auch vererblich. Dies wird durch folgende Quellenzeugnisse bewiesen:

l. 18 D. rat. rem. 46, 8.

(Pomponius): „Si procurator ratam rem dominum heredemve ejus habiturum caverit“ etc.

l. 4 § 1 D. de V. O. 45, 1.

(Paulus): „Sed videamus ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione Titium heredemque ejus ratum habiturum“ etc.

Die Erklärung dieser schwierigen Stellen muß auf später verschoben werden. Hier sind sie nur insofern von Belang, als sich aus denselben ersehen läßt, daß der Erbe ratihabitionsfähig ist — sonst hätte die in beiden Stellen erwähnte Stipulation „dominum heredemve ejus — „Titium heredemque ejus“ ratum habiturum keinen Sinn.

l. 7 D. rat. rem 46, 8.

(Paulus): „Si is, cui ignoranti petita est bonorum possessio, decesserit, heres ejus intra tempora petitionis ratam eam habere non potest“. Der Grund dieser Entscheidung liegt offenbar in der Unvererblichkeit der Delation, nicht in der allgemeinen Unfähigkeit des Erben zu ratihabiren; wäre diese letztere nicht anerkannt gewesen, so hätte Pau-

lus seine Entscheidung wegen der petita b. p. gar nicht zu geben gebraucht[10]).

Ich würde dieser Deduktion nichts beizufügen haben, wenn nicht in neuester Zeit die Ratihabitionsfähigkeit der Erben angezweifelt worden wäre[11]). Diese Zweifel hängen mit der Erwägung zusammen, daß das Recht zur Ratihabition als ein bloses Wahlrecht ein rein persönliches Recht sei, welches, weil nicht Vermögensrecht, keinen Bestandtheil der Erbschaft bilde. Es scheint mir nun ganz richtig zu sein, daß die Fähigkeit zur Ratihabition selbst keinen Bestandtheil des Nachlasses bildet, aber die Folgen und Verhältnisse der neg. gestio sind Nachlaßbestandtheile und die Ratihabitionsfähigkeit steht dem Erben zu, nicht weil sie ein erworbenes Recht des Erblassers und als solches in der Erbschaft enthalten ist, sondern weil der Erbe kraft des ererbten Verhältnisses der Gestio aus seiner Person dieselbe erwirbt[12]).

In gleicher Weise wie den Erben, ist auch im Falle des Concurses des ursprünglichen dominus der Gesammtheit seiner Gläubiger das Ratihabitionsrecht zuzusprechen.

---

[10]) Schon die Glosse fügt ad vocem „non potest" bei „Non agnita enim non transmitteretur".

[11]) Buchka, Stellvertretung S. 211 und beistimmend Brinz, Krit. Blätter S. 40.

[12]) Windscheid, Pand. II. § 313, Note 7, S. 179 erklärt, daß ihm die von Buchka und Brinz vertretene Anschauung nicht zweifellos sei, weil sich der dominus, da ihm das Recht, durch Genehmigung Gläubiger zu werden, gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden könne, in der gleichen Lage befinde, wie derjenige, dem unter einer Bedingung etwas versprochen worden ist. Dieser Weg, die Irrthümlichkeit der vorerwähnten Ansicht zu erweisen, scheint nicht glücklich gewählt. Den Ratihabitionsberechtigten mit demjenigen zu vergleichen, dem unter einer Bedingung versprochen ist, geht blos dann an, wenn wir die Bedingung als eine von Seite des bedingt Berechtigten zu erfüllende denken. Da aber die Erben des solcher Maßen bedingt Berechtigten nicht mehr die Bedingung erfüllen können, solche vielmehr mit dem Tode des Berechtigten deficirt, so könnte man auf jenem Wege eher zu der gegentheiligen Ansicht gelangen. Buchka a. a. O. hat offenbar das Verhältniß, welches zwischen dominus und gestor besteht, ganz übersehen. Er hat lediglich das Verhältniß des dominus zum dritten Contrahenten im Auge und da diesem gegenüber allerdings vor der Ratihabition gar keine rechtliche Beziehung, sondern nur die Möglichkeit besteht, eine solche zu begründen, so folgert er daraus, daß diese Möglichkeit ähnlich wie die Offerte, nur der Person des dominus selbst, nicht dem Dritten gegeben ist. Dies wäre Alles richtig, wenn der Geschäftsabschluß nicht mehr wie eine Offerte, wenn der dominus nicht aus der gestio berechtigt wäre, die Ratihabition zu vollziehen, wenn sich nicht das Verhältniß der Gestio forterbte. So kann aber der gestor vom dritten Contrahenten verlangen, daß er die Ratihabition sich gefallen läßt, und durch seine Vermittlung der dominus und sein Erbe gleichfalls.

Durch die mit jedem Concurse verbundene Güterabtretung sind die Gläubiger des Cridars nunmehr auch die bei der vorhandenen negotiorum gestio objektiv Interessirten geworden. Verweigert der Cridar aus Chikane die Ratihabition einer für die Gläubiger vortheilhaften neg. gestio, so haben sie als objektive domini das Recht der Ratihabition — also nicht als cedirtes oder durch fingirte Cession übergegangenes, sondern als eigenes Recht.

§ 6.

Form und Zeit der Ratihabition.

Eine besondere Form für Vornahme der Genehmigung ist nirgends vorgeschrieben. Daraus folgt, daß die formlose Willenserklärung genügt. Diese Willenserklärung kann, wie bei anderen Rechtsgeschäften, ausdrücklich — sie kann durch concludente Handlungen erfolgen [1] [2]. Welche Handlungen diese Conclusion zur Folge hat, läßt sich allgemein hier so wenig im Voraus bestimmen, wie bei anderen Geschäften; es ist als quaestio facti nach den concreten Verhältnissen zu beurtheilen.

Beispiele einer solchen Genehmigung sind enthalten in:
l. 66 D. de fidejuss. 46, 1,
l. 9 § 1 C. de cond. ind. 4, 5, wahrscheinlich auch in
l. 45 § 1 D. de N. G. 3, 5. [3])

Die Anstellung der actio neg. gestorum directa wird häufig als concludente Handlung erscheinen, in der sich die Genehmigung ausdrückt, aber nicht immer. Das blose Schweigen wird blos dann als Ratihabition gelten können, wenn solches entweder unter den Parteien ausdrücklich verabredet ist, z. B. D erbittet sich auf die Aufforderung des G zur Ratihabition eine Ueberlegungsfrist mit der Bestimmung, daß nach Ablauf derselben das Geschäft für genehmigt gelte — oder wenn

---

[1]) Non tantum verbis ratum haberi posse sed etiam actu l. 5 D. rat. rem. 46, 8.

Vergl. hier Beckhaus S. 8.

Gregory S. 61 (De ratihabitionis forma).

[2]) Es ist nicht der entfernteste Grund vorhanden, aus der durch concludente Handlungen kundgegebenen Genehmigung eine eigene Art von Ratihabition — ratihabitio tacita — zu machen, wie dies von der Mehrzahl der älteren Schriftsteller geschehen ist. Man könnte ebenso gut von einer stillschweigenden Miethe oder einem stillschweigenden Mandat reden, wie von einer stillschweigenden Genehmigung.

[3]) Wenn nämlich vor compelluntur „non“ zu lesen.

der Richter eine Ratihabitionsfrist unter dem Präjudize der Annahme der Genehmigung vorstreckt.

Wenn das vom Geschäftsführer vorgenommene Rechtsgeschäft zu seiner Giltigkeit bestimmter Formen bedarf, bedarf dann auch die Genehmigung dieser Formen?[4]) Ich glaube, so wenig das Mandat zu einem formellen Rechtsgeschäft einer Beobachtung der für das dem Mandatar übertragene Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Formen bedarf, so wenig die Genehmigung. Es hat jedoch diese Frage nur insofern Bedeutung, als das betreffende formelle Rechtsgeschäft Stellvertretung zuläßt, was nicht bei allen formellen Akten der Fall ist. Daß der Gestor die Formvorschrift beachten muß, so gut wie der Mandatar, ist selbstverständlich.

Wenn also z. B. in einem Staate wie in Bayern für die Rechtsgeschäfte, welche Immobilien betreffen, notarielle Verlautbarung vorgeschrieben ist[5]), so hat derjenige, welcher als Gestor ein solches Rechtsgeschäft, wir sagen z. B. eine Veräußerung, vornimmt, dasselbe notariell verbriefen zu lassen. Der dominus aber kann durch formlose Willenserklärung genehmigen, so gut er durch solche Auftrag ertheilen kann.

Aus der Analogie, die zwischen Auftrag und Genehmigung besteht, läßt sich die Folgerung gewinnen, daß, wo für eine Auftragsertheilung eine bestimmte Form vorgeschrieben ist (z. B. die Vollmacht zur Proceßführung muß gerichtlich oder notariell gefertigt werden), dieselbe Form auch zur Genehmigung nöthig ist.

Wann muß die Ratihabition erfolgen? Im Allgemeinen besteht keine Zeitfrist, nach deren Ablauf nicht mehr genehmigt werden könnte. Es kann sonach jederzeit nach der neg. gestio ratihabirt werden. Dies kann zu Ungebührlichkeiten führen, indem sowohl der Gestor als ein etwa vorhandener dritter Contrahent ein Interesse daran haben, daß sich der dominus bei Zeiten darüber erkläre, ob er genehmige oder nicht. Es ist daher statthaft, daß Gestor oder der Dritte dem dominus eine Frist vorstrecke zur Erklärung, nach deren Ablauf nicht mehr genehmigt werden kann. Diese Frist wird entweder privat zwischen dem dominus und den Interessenten vereinbart, oder es läßt der Interessent

---

[4]) Bei früheren Schriftstellern, z. B. bei Ziegler a. O. Nr. 25 findet sich der Satz „Ratihabitio requirit easdem solennitates, quas principalis actus et contractus", welcher übrigens bei der Unausgeschiedenheit der Ratihabitionsarten hauptsächlich mit Bezug auf die Bestätigung aufgestellt wird. Gregory S. 61 bezeichnet diese opinio als „plane antiquata et obveterata".

[5]) Bayer. Not.-Gesetz vom 10. Nov. 1861 Art. 14.

dem dominus durch den Richter eine Frist vorsetzen, welche letzterer nach billigem Ermessen berechnen wird.

Aber auch abgesehen von solcher ausdrücklichen Fristvorstreckung würde es dolos vom dominus gehandelt sein, wenn er nach Ablauf eines verhältnißmäßig langen Intervalles nach der Gestio resp. der Kenntniß von derselben noch ratihabiren wollte. Der Gestor braucht sich daher eine solche verspätete Genehmigung nicht gefallen zu lassen, und ebenso kann der dritte Contrahent solche zurückweisen. Bestimmte Anhaltspunkte darüber, welche Ratihabition verspätet ist, lassen sich nicht geben; es ist das nach den concreten Verhältnissen zu beurtheilen. Eine complicirtere Geschäftsführung wird längere Deliberationsfrist billig erscheinen lassen. Entsteht Streit darüber, so hat das richterliche Ermessen zu entscheiden.

Diese Grundsätze sind enthalten in den folgenden Quellenaussprüchen:

l. 13 D. de solutt. 46, 3. (Julianus):

Ratum autem habere dominus debet, quum primum certior factus est; sed hoc ἐν πλάτει (cum laxamento et amplitudine) et cum quodam spatio temporis accipi debet, sicut in legato, quum de repellendo quaereretur, spatium quoddam temporis assumitur, nec minimum, nec maximum, et quod magis intellectu percipi, quam elocutione exprimi possit.

l. 12 § 2 D. rat. rem 46, 8. (Ulpianus):

Julianus ait, interesse, quando dominus ratum habere deberet solutionem in procuratorem factam, an tunc demum, quum primum certior factus esset. Hoc autem ἐν πλάτει (cum laxamento et amplitudine) accipiendum, et cum quodam spatio temporis, nec minimo nec maximo, et quod magis intellectu percipi quam elocutione exprimi possit. Quid ergo, si quod primo ratum non habuit, postea habebit ratum? Nihilomagis proficere ad impediendam actionem suam, et ob id quod primo non habuit ratum, actionem salvam habere ait; ideoque, si quod procuratori fuerit solutum, exegerit, agi perinde ex ea stipulatione poterit, ac si ratum habere se postea non dixisset. Sed ego puto exceptionem doli mali locum habituram.

L. 13 cit. sowie der erste Theil der l. 12 § 2 (bis zu possit) bedürfen keiner Erklärung. Schwieriger ist der zweite Theil des letzteren Gesetzes. „Quid ergo etc. etc.“ Julianus wirft die Frage auf, wie es dann zu halten sei, wenn der dominus die nach billigem Ermessen zu bestimmende Frist zur Genehmigung verstreichen ließ, ohne zu genehmigen, nachher aber, also verspätet, seine Genehmigung ertheile. Die Antwort des Julianus ist folgende: Diese verspätete Genehmigung wirkt nicht mehr; wenn wir uns also einen Gläubiger denken, an dessen nicht

beauftragten procurator gezahlt ist, so steht die verspätete Genehmigung der Klagestellung seitens des Gläubigers gegen den Schuldner nicht im Wege (nihilomagis proficere etc.), während bei der rechtzeitig erfolgten Ratihabition der Zahlung an den Procurator der zahlende debitor liberirt wird und daher eine Klage gegen ihn nicht mehr gestellt werden kann[6]).

Es kann also vorkommen, daß der Schuldner in Folge dieser Klagestellung nochmals an den Gläubiger dieselbe Schuld zahlt, die er bereits an den procurator desselben gezahlt hat. Dann ist die cautio ratam rem haberi, welche in Form der Stipulation vom nicht beauftragten procurator interponirt zu denken ist, verfallen. Soweit die von Ulpianus lediglich referirte Meinung des Julianus. Diesem Referat fügt Ulpianus den Satz bei: „Sed ego puto exceptionem doli mali locum habituram."

M. E. kann die unzweifelhaft in diesem Satze gelegene Modification der Julianischen Lehre keine andere als die folgende sein: Wenn der dominus in einem nach der vorhergehenden Auseinandersetzung als verspätet zu betrachtenden Zeitpunkte ratihabiren will, so hat sowohl der gestor, als der dritte Interessent, hier der debitor, der dem procurator zahlte, das Recht, diese Ratihabition als eine verspätete zu bezeichnen und derselben eine Folge nicht zu geben. Thut dies der dritte Interessent, hier der debitor, nicht aus irgend welchem berechtigten Interesse, sondern aus Dolus gegen den Procurator, in der böswilligen Absicht, diesen mit der cautio ratam rem haberi in Anspruch zu nehmen, so wird dadurch die einmal verspätete Genehmigung nicht zur rechtzeitigen und die Wirkung der letzteren tritt nicht ein. Aber wenn der Dritte, der debitor, mit der ihm zustehenden Klage auf die cautio ratam rem haberi klagen will, so stellt ihm der procurator die hier speciell begründete exceptio doli mali entgegen[7]).

Nach dieser Erklärung der l. 12 § 2 D. cit. ist man nicht zu der Annahme genöthigt, Ulpianus wolle seinen Gewährsmann Julianus ganz oder theilweise desavouiren; Ulpianus meint nicht, daß der verspäteten Ratihabition irgendwie die Wirkung einer rechtzeitigen zukommt; er fügt bloß bei, daß diese Hervorhebung des Verspätetseins seitens des debitor unter Umständen einen dolus gegen den procurator enthalte, welcher dessen Belangbarkeit aus der Stipulation hindert.

---

6) Als ein ganz grobes Mißverständniß muß es bezeichnet werden, wenn Reitz a. a. O. p. 33 das exegerit so versteht, als fordere der dominus vom procurator das Gezahlte.

7) Daß die exceptio doli die Klage aus der cautio de rato hindere, nicht die Klage des Gläubigers, ist anerkannt bei Mommsen, Interess. Beitr. II. S. 206.

Von abweichenden Interpretationen der vorliegenden Stelle sind, abgesehen von gänzlichen Mißverständnissen [8]), folgende hervorzuheben:

Agricola [9]) findet darin den Ausspruch, daß auch die nach Ablauf der nach dem Anfang des § 2 unserer lex erfolgte Ratihabition giltig sei, jedoch den procurator nicht von der cautio ratam rem haberi befreie. Abgesehen davon, daß es nicht denkbar ist, warum eine giltige Ratihabition diese Wirkung nicht ausüben sollte, würde man, um zu dieser Anschauung zu gelangen, annehmen müssen, daß Ulpianus in dem Schlußsatze die ganze vorgetragene Theorie des Julianus habe umstoßen wollen. Dann wäre es einmal nicht nöthig gewesen, dieselbe so ausführlich zu citiren, und zweitens eine gar nicht entschuldbare Kürze, die Widerlegung einer so ausführlich vorgetragenen Ansicht eines berühmten Juristen in die wenigen Schlußworte zusammen zu drängen.

Gregory [10]) unterscheidet bei Erklärung der Stelle zwischen rechtlicher und faktischer Ratihabition. Die nach der gehörigen Zeit erfolgte soll nicht rechtsgiltig, aber faktisch sein, und soll die Wirkung haben, die Klage des dominus gegen den debitor mittels exceptio doli zu hindern. Der innere Widerspruch, daß eine nicht rechtlich giltige Ratihabition dennoch eine rechtliche Wirkung haben soll, springt sofort in die Augen. Der Creditor befindet sich auch nicht in mala fides; denn wird die Genehmigung von einem Interessenten als verspätet beanstandet — und ohne solche Beanstandung ist sie nie verspätet, hat also die vollen Wirkungen — so kann man es doch dem Gläubiger nicht verdenken, wenn er sich jetzt an seinen Schuldner hängt. Auch die räumliche Stellung des Satzes, welcher die exceptio doli mali erwähnt, deutet auf Zusammenhang mit der näher stehenden Klage des debitor gegen den procurator, nicht mit der Klage des dominus gegen den debitor, von welch letzterer Klage doch ausdrücklich gesagt ist, daß sie durch die Ratihabition nicht behindert ist. „Nihilomagis proficere ad impediendam actionem suam.“

Abgesehen von der für die zeitliche Entfernung von der negotiorum gestio resp. deren Kenntnißnahme gezogenen Grenze ist die Genehmigung noch einer anderen Zeitbeschränkung unterworfen. Es kann nämlich die

---

8) Deren eines oben in Not. 6 erwähnt ward.

9) A. a. O. S. 37.

10) A. a. O. S. 67. Nachdem Gregory die Stelle bis auf den Schlußsatz richtig erklärt hat, fährt er fort: Ulpianus autem, quamquam non negat, debitorem posse instituere actionem contra procuratorem, putat tamen non necesse esse, ut debitor eam instituat, sed eum breviori et tutiori modo jus sibi praebere posse existimat, scil. exceptione doli mali mota contra ipsum creditorem agentem. Creditor enim agens mala fide est, quum solutionem facto ratam habuerit, etsi in jure haec ratihabitio nihil effecerit. (!?!)

Vornahme einer rechtlich bedeutsamen Handlung durch Gesetz oder Rechtsgeschäft an eine bestimmte Frist gebunden sein, nach deren Ablauf die betr. Handlung nicht mehr möglich ist. Die Genehmigung einer solchen vom procurator innerhalb der Frist vorgenommenen Handlung kann selbst nur innerhalb dieser Frist erfolgen. Wollte man die Genehmigung auch noch nach Ablauf der Frist zulassen, so läge darin die Berechtigung des Ratihabenten, den Schlußtermin der betr. Frist gegen die Absicht des dieselbe statuirenden Gesetzes oder Rechtsgeschäftes beliebig hinauszuschieben. Z. B. wenn das Gesetz für die Erlangung der bonorum possessio 100 Tage Präclusivfrist vorschreibt, und mein neg. gestor innerhalb dieser Frist solche antritt, so kann ich nicht mehr nach Ablauf dieser 100 Tage genehmigen, weil sonst die gesetzliche Frist beliebig verlängert werden könnte. Oder wenn mir unter der Bedingung etwas versprochen ist, daß ich innerhalb 4 Wochen mein Haus an den X verkaufe, und mein neg. gestor verkauft es wirklich innerhalb dieser Frist an X, so kann meine nach Ablauf derselben erfolgende Genehmigung mir nicht das Recht auf das Versprochene verschaffen. Denn mein Wahlrecht, die Bedingung zu erfüllen oder nicht, wäre, weil ich ja doch die Genehmigung des Verkaufs auch versagen kann, dann gegen den Willen des Promittenten über die vier Wochen ausgedehnt. Diese Grundsätze finden ihre Bestätigung in folgenden Stellen:

L. 24 pr. D. rat. rem 46, 8. (Africanus):

Bonorum possessionem ab alio agnitam ratam haberi oportere eo tempore, quo adhuc in ea causa sit, ut peti possit. Itaque post centesimum diem rata haberi non potest.

Die Stelle spricht klar aus, daß die Genehmigung der agnitio der b. possessio innerhalb der 100tägigen Agnitionsfrist geschehen müsse. Den gleichen Inhalt hat l. 5 pr. D. quis ordo 38, 15, wo es heißt: „— praeteritis autem centum diebus frustra ratum habebit“.

L. 25 pr. § 1 D. eod. (Idem):

Procurator, quum ab eo aes alienum exegerat, qui tempore liberaretur, ratam rem dominum habituram eam cavit. Deinde post tempus liberato jam debitore dominus ratam rem habet. Posse debitorem agere cum procuratore existimavit, quum jam debitor liberatus sit; argumentum rei, quod si nulla stipulatio interposita sit, condictio locum adversus procuratorem habitura sit; in locum autem condictionis interponi stipulationem.

Der vorgetragene Fall ist der:

Ein nicht bevollmächtigter procurator hat von einem Schuldner X,

dessen Schuld der Verjährung unterworfen ist[11]), Zahlung verlangt und erhalten, dabei jedoch dem Schuldner die gewöhnliche cautio ratam rem haberi geleistet. Der dominus und Gläubiger genehmigt diese Schuldeinziehung erst zu einer Zeit, wo die Schuld des X bereits durch Verjährung erloschen ist[12]). Diese Ratihabition ist verspätet und darum nicht mehr wirksam. Also kann der Schuldner den procurator mit der Klage aus der cautio belangen, denn wenn keine cautio stipulirt worden wäre, hätte er gegen den procurator die condictio (causa data, causa non secuta); sobald aber die stipulatio vorhanden, trete die aus ihr entspringende Klage auf das Interesse an die Stelle der condictio. Es leuchtet ein, daß wir berechtigt sind, in der umschreibenden Wiedergabe der Stelle, den Satz von der Unwirksamkeit der Ratihabition zwischen „ratam rem habet" und dem folgenden Theile einzuschieben; denn er bildet die Vermittlung zu den nunmehr folgenden Entscheidungen. Der Grund, warum die Ratihabition verspätet ist, liegt aber darin, daß durch die Verjährungsgesetze die Verbindlichkeit auf eine bestimmte Dauer beschränkt wird; es läge in der Möglichkeit, eine an den Procurator geschehene Zahlung nach Ablauf der Verjährungszeit zu genehmigen, eine Ausdehnung der gesetzlichen Klagefrist, welche dem Privatwillen nicht gestattet werden kann.

Nach Analogie der l. 12 § 2 D. cit. wird auch der im praktischen Leben leicht mögliche Fall zu entscheiden sein, wo Jemand als neg. gestor in der Absicht eine Verjährung (sei es Usucapion oder Klagenverjährung) zu unterbrechen, eine Unterbrechungshandlung vornimmt; der dominus kann wirksam nur so lange ratihabiren, als die Usucapion oder Klagenverjährung noch nicht beendigt ist.

Scheinbar widersprechend mit den bisherigen Aufstellungen lautet die

l. 71 § 1 D. de solut. 46, 3. (Celsus):

Si fidejussor procuratori creditoris solvit, et creditor post tempus, quo liberari fidejussor poterit, ratum habuit, tamen quia fidejussor, quum adhuc ex causa fidejussionis teneretur, solvit, nec repetere potest, nec minus agere adversus reum mandati potest, quam si tum praesenti dedisset.

Ein Bürge, dessen Haftbarkeit zeitlich beschränkt ist (vielleicht durch

---

11) Diese übrigens kaum zu verkennende Bedeutung des „tempore liberari" ist schon von Cuiacius ad Afric. Tract. VI. ed. Paris p. 1406, neuerdings von Beckhaus a. a. O. S. 10 aufgestellt worden.

12) Die Glosse ad h. l. führt passend als Beispiel der verjährenden Klage die redhibitoria actio an.

die lex Furia?)[13]), zahlt vor Ablauf der betr. Zeit an den procurator des Schuldners. Nach Ablauf derselben, zu einer Zeit also, wo die Haftbarkeit des Bürgen bereits erloschen war, ratihabirt der Gläubiger. Der Bürge hat gegen den Gläubiger nicht das Rückforderungsrecht (condictio indebiti) und kann gegen den Hauptschuldner die Klage des Bürgen (mandati actio) anstellen. Es ist also hier die Ratihabition wirksam, trotz des Ablaufs der Zeit, welche die Haftbarkeit des Bürgen eingränzt.

Der Grund dieser Entscheidung, welche auf den ersten Blick der l. 25 § 1 cit. zu widersprechen scheint, liegt darin: Auch wenn der fidejussor nach Ablauf seiner Haftpflicht zahlt, was der debitor schuldig ist, hat er nicht die condictio indebiti. Es ist das die Folge des in l. 44 de cond. indeb. 12 niedergelegten Grundsatzes:

„Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est".

über dessen nähere Ausführung ich auf Witte, Bereicherungsklagen § 10, verweisen kann. Wenngleich die Haftung des Bürgen zur Zeit der Genehmigung erloschen ist, so besteht doch die Schuld selbst noch fort, da sie nicht von der Verjährung der Bürgschaft berührt ist. Die nach Ablauf der für die Haftung des Bürgen bestimmten Zeit erfolgte Genehmigung kann den Bürgen jedenfalls nicht besser und überhaupt nicht anders stellen, als wenn er zur Zeit der Genehmigung gezahlt hätte. Da er auch letzteren Falls nicht das Gezahlte zurückfordern kann, so kann er dies auch nicht bei der früher erfolgten und später genehmigten Zahlung an den procurator. Der Unterschied des in l. 71 § 1 cit. entschiedenen Falles von dem Falle der l. 25 § 1 cit. liegt also darin, daß der Schuldner in der letzteren lex, wenn er zur Zeit der Genehmigung zahlte, die condictio indebiti hätte, der Bürge der l. 71 § 1 cit. aber nicht. Ein Widerspruch beider Stellen ist daher nicht vorhanden[14]).

Die Ratihabition kann auch zu einer Zeit vorgenommen werden, wo der neg. gestor nicht mehr lebt oder nicht mehr willensfähig ist. Die Möglichkeit derselben ist also keineswegs durch die Fortdauer der Willensfähigkeit des Gestor zeitlich beschränkt. Bewiesen wird dies durch l. 24 § 1 D. rat. rem 46, 8, wo Africanus lehrt:

---

[13]) Vrgl. Savigny, Syst. V. Bd. S. 405 N. p.

[14]) Vergl. h. u. Agricola l. c. S. 34—37.

Beckhaus a. W. S. 10. Letzterer gibt die Erklärung der l. 71 § 1 cit. insofern richtig, als er in der Fortdauer der Verbindlichkeit des Hauptschuldners den Grund ihrer Entscheidung findet; es fehlt aber der zum besseren Verständniß nothwendige Mittelsatz vom Ausschluß der cond. indebiti. — Ueber die Bedeutung der hier erwähnten Stellen in Bezug auf die rückwirkende Kraft der Genehmigung s. unten S. 71.

„An autem et si mortuus fuisset, qui petiisset (sc. bonorum possessionem), vel furere coepit, ratum haberi possit, videamus; nam si in universum perinde haberi debet, ac si tunc, quum ratum habeat, per eum bonorum possessionem petat, frustra his casibus ratum habetur; sed illud consequens futurum, etiam si poeniteat illum petiisse, ratum haberi non posse, quod utique sit absurdum. Rectius itaque dicitur, neutram eorum causam impedire ratihabitionem."

Der Grund dieser Entscheidung liegt in folgender Erwägung: Der Ratihabent konnte z. Z. der Ratihabition die betr. Handlung selbst noch vornehmen; er ist daher nicht gehindert, die von seinem nicht beauftragten procurator vorgenommene Handlung zu ratihabiren; denn die Ratihabition ist nicht durch die Fortsetzung der Handlungsfähigkeit des Gestor bis zur Zeit derselben, sondern nur dadurch bedingt, daß der dominus zur Zeit der Ratihabition zu der zu ratihabirenden Handlung fähig sei[15]).

(§ 7.)

Wahlrecht des Dominus. Es gibt keine nothwendige Genehmigung.

Der Ratihabitionsberechtigte hat ein Wahlrecht, ob er ratihabiren will oder nicht. Eine nothwendige Genehmigung gibt es nicht. An einen Zwang zur Genehmigung darf man von vornherein nicht denken, denn eine Willenserklärung kann selbst das Gericht nicht erzwingen[1]). Höchstens könnte das Gesetz bez. der Richter aussprechen, es werde die Ratihabition des dominus fingirt; und dies wollte denn auch wohl mit dem Ausdruck necessaria ratihabitio gesagt werden, welcher sich bei den meisten älteren Monographien vorfindet[2]).

Allein auch eine solche fingirte Genehmigung ist blos dann denkbar, wenn sich der dominus einem Dritten gegenüber zur Genehmigung verpflichtet. Die Verpflichtung zur Genehmigung, welche dem Gestor gegenüber eingegangen ist, enthält ein Mandat und beim Mandat ist die Genehmigung überflüssig. Die Verpflichtung einem Dritten gegenüber enthält aber noch nicht die Genehmigung selbst, so wenig, als die Verpflichtung zur Cession die Cession selbst enthält. Eine solche Ver-

---

15) Vgl. n. Buchka Stellvertretung S. 211.

1) Vgl. Gregory a. a. O. S. 14.

2) Vgl. beispielshalber Ziegler l. c. Nr. 12. Reiz l. c. p. 10. Heroldt l. c. p. 17. Busse § 14. Uebrigens kann sich auch Gregory noch nicht ganz losreißen. Vgl. a. W. S. 16 N. 1.

pflichtung berechtigt nun den Dritten, ein Vermögensinteresse desselben natürlich vorausgesetzt, zur Klagestellung auf Ratihabition. Im römischen Recht würde die condemnatio dann allerdings lediglich auf das Interesse des Klagestellers haben erfolgen können. Für das heutige Recht aber wird Naturalexecution erfolgen, d. h. der Richter wird aussprechen, daß die Ratihabition als geschehen angenommen werde.

Abgesehen von solchen Fällen gibt es keine fingirte Genehmigung, weil es keine Verpflichtung zu einer solchen gibt[3]).

Dieser Satz ist nicht allgemein anerkannt. Man hat an der Hand einiger Stellen der just. Compilation das Dasein einer nothwendigen Genehmigung behauptet. Die Stellen sind:

l. 17 § 2 de jurejur. 12, 2 (Paulus):

Si tutor, qui tutelam gerit, aut curator furiosi prodigive jusjurandum detulerit, ratum id haberi debet; nam et alienare res et solvi iis potest et agendo rem in judicium deducunt.

Nun spricht Paulus an dieser Stelle gar nicht von einer Genehmigung; denn der tutor oder curator furiosi prodigive ist kein neg. gestor, sondern ein berufener Stellvertreter und bedarf gar keiner Genehmigung. Auch wäre eine solche Genehmigung seitens des Schutzbefohlenen ein Absurdum, indem doch Pupill, Wahnsinniger und Verschwender solche nicht ertheilen können[4]). Vielmehr ist der Ausdruck ratum haberi hier völlig gleichbedeutend mit firmum haberi lediglich im nicht technischen Sinne gebraucht, wie das an vielen a. O. auch geschieht und will die Stelle nicht mehr und nicht weniger sagen, als daß der tutor und curator furiosi prodigive zur Eidesdelation berechtiget sei.

Die andere Stelle ist:

l. 9 D. de neg. gest. 3, 5. (Scaevola):

„Et quemadmodum, quod utiliter gestum est, apud judicem necesse est pro rato haberi.“ etc.

Hierauf stützte man den Satz, daß der dominus das neg. utiliter gestum genehmigen müsse; bez. daß im Falle des neg. utile eine Ratihabition des dominus eingeklagt und vom Richter fingirt werden könne. Diese Folgerung ist falsch; deßwegen, weil in l. 9 cit. nichts davon steht, daß es ein Klagerecht auf Ratihabition gibt, son=

---

[3]) Als fingirte Genehmigung kann insbesondere auch der Fall nicht erachtet werden, wo das Gesetz vorschreibt, daß in dieser oder jener Handlung des dominus eine Ratihabition gesehen werde. Das ist Genehmigung durch concludente Handlungen, welche bereits oben besprochen ward.

[4]) Dennoch glaubt Agricola p. 22, es handle die Stelle von einer Genehmigung seitens des Pupillen 2c.

dern nur so viel, daß das neg. utile vom Richter gerade so behandelt wird, als ob es ratihabirt sei; womit denn auch Celsus in l. 50 pr. mand. 17, 1 übereinstimmt:

„Si is, qui negotia fidejussoris gerebat, ita solvit stipulatori, ut reum fidejussoremque liberaret, idque utiliter fecit, negotium gestorum actione fidejussorem habet obligatum. Nec refert, ratum habuit nec ne.“

Dieser Satz von der Gleichstellung des dominus, cujus negotium utiliter gestum est, mit dem dominus, der das utile negotium genehmigt, ist nur relativ richtig, nämlich nur was das Verhältniß zwischen dominus und Gestor betrifft, nicht aber für das Rechtsverhältniß des dominus zu dritten Personen. Sobald nämlich negotium utile vorliegt, hat der Gestor gegen den dominus Anspruch auf völlige Schadloshaltung.

l. 2 l. 10 D. h. t. 3, 5.

Da diese Ansprüche durch die Genehmigung nicht gesteigert werden können, so ist die Genehmigung für deren Größe gleichgiltig.

Allein was das Verhältniß zu dritten Personen anlangt, so vermag die utilitas negotii keineswegs dessen ratihabitio zu ersetzen. Ich muß hier einen Satz anticipiren, dessen Beweis erst später geführt werden kann, nämlich daß die Genehmigung ein Verhältniß direkter Stellvertretung des Ratihabenten Dritten gegenüber begründet. Daß die utilitas negotii nicht auch diese Wirkung haben kann, liegt auf der Hand. Denn es wäre ein juristisches Unding, wenn der dominus ohne, ja gegen seinen Willen (wenn er eben nicht genehmigen will) Eigenthum, dingliche oder obligatorische Rechte Dritten gegenüber gewänne, einfach deßwegen, weil das negotium utile ist[5]).

Daß aber die l. 9 D. cit. und l. 50 cit. dies nicht berücksichtigen, erklärt sich daraus, daß in beiden Stellen lediglich das Verhältniß des dominus zum Gestor besprochen wird. Dies ergibt bei der ersteren lex der ganze Zusammenhang, sowie die Stellung unter den Titel de neg. gestis; bei der letzteren die ausdrückliche Betonung der actio neg. gestorum contraria in dem vorletzten Satze.

Das Resultat ist, daß die Ratihabition auch im Falle des negotium utiliter gestum keineswegs ohne Wirkung und daß es daher falsch und auch nicht im Sinne des römischen Juristen gesprochen ist, wenn man

---

5) Z. B. G besorgt als gestor einen Ankauf von Pferden, der nach allen Verhältnissen, wegen der persönlichen Wünsche des dominus etc. etc. als ein neg. utile beurtheilt werden muß. Der dominus will aber nicht ratihabiren, dann hat der gestor das Recht, allen seinen Aufwand ersetzt zu verlangen, aber es ist gewiß nicht möglich, daß D wider Willen Eigenthümer der Pferde wird, während er doch durch Ratihabition das Eigenthum daran erwerben würde.

auf Grund der l. 9 cit. eine Verbindlichkeit des dominus zur Genehmigung bez. eine fingirte Genehmigung angenommen hat[6]).

Weil der dominus stets das Wahlrecht hat, ob er genehmigen will oder nicht, so kann er die Genehmigung auch unterlassen. Verschieden von der blosen Unterlassung ist die positive Erklärung, nicht genehmigen zu wollen. Letztere Willenserklärung kann selbst wie andere Willenserklärungen durch concludente Handlungen ausgedrückt werden, besonders dadurch, daß der dominus irgend welche die neg. gestio durchkreuzende, ihr nicht vereinbarliche Handlung vornimmt; z. B. wenn der Eigenthümer einer Sache, welche der gestor für ihn verkauft hat, solche vindicirt.

Während die blose Unterlassung die Genehmigung erst dann unmöglich macht, wenn solche durch den Zeitablauf als verspätet erscheint, gibt die positive Erklärung des dominus, nicht genehmigen zu wollen, dem Gestor das Recht, eine spätere Genehmigung zurückzuweisen. Es ist das nicht durch positive Gesetzesstellen nachweisbar; folgt aber aus den Grundsätzen der bona fides, welche bei dem ganzen Institut der neg. gestio obwalten. Es würde offenbar gegen alle Billigkeit verstoßen, wenn man dem dominus das Recht geben wollte, seine in bindender Weise erklärte Ablehnung der Genehmigung zu übersehen und sich so mit seiner eigenen Willenserklärung in Widerspruch zu setzen. Eine irrthümlich abgegebene Erklärung ist hier, wie anderswo, nicht bindend, falls nur der Irrthum entschuldbar ist.

Der Gestor kann jedoch auch in dem Falle, wenn der dominus zuerst die Genehmigung versagte und dann solche ertheilte, dieselbe annehmen; dies bedarf nun keiner eigentlichen Acceptation von seiner Seite, sondern es kommt lediglich darauf an, daß er es unterläßt, auf die frühere Ablehnung hinzuweisen.

§ 8.

Einseitigkeit der Genehmigung. Weder Gestor noch dritter Contrahent können die Genehmigung hindern.

Die Genehmigung ist eine einseitige Willenserklärung; sie bedarf keiner Acceptation von Seite des Gestor oder des Dritten.

---

[6]) Auch Leist a. a. O. S. 153 spricht der Genehmigung eines utile negotium jede Wirkung ab; offenbar schwebte auch ihm nur die eine Seite des Verhältnisses, nämlich jene zwischen gestor und dominus vor. Chambon S. 50 u. 51 sagt ganz richtig, daß die Ratihabition in diesen Fällen einen großen Theil ihrer Bedeutung verliert; aber nicht alle Bedeutung. Uebrigens hat die ungeschiedene Durcheinandermischung der Ausdrücke Stellvertretung und Geschäftsführung die Folge, daß man wirklich nicht recht klar darüber zu werden vermag, ob Chambon a. a. O. der utilis gestio nicht schon stellvertretende Wirkung zuerkennt, was entschieden zu mißbilligen wäre.

Es folgt dieser Satz daraus, daß weder der Gestor noch der Dritte die Ratihabition hindern können. Der Gestor kann es nicht, weil er entweder (in den Fällen der eigentlichen Gestio) bereits in der gestio seinen Willen erklärt hat, den dominus negotii als solchen anzuerkennen, ja gewissermaßen in Erwartung der Genehmigung gehandelt hat oder (in den Fällen, wo der animus domini fehlt, aber ein objectives Angehören des Geschäftes gleichwohl die Ratihabition möglich macht) rechtlich als gestor fingirt wird; und der Dritte nicht, weil er durch die dem Gestor eingegangene Verpflichtung sich verbindlich machte, die Ratihabition sich gefallen zu lassen [1]). Wenn aber diese Interessenten die Genehmigung nicht ablehnen können, so muß auch ihre Acceptation überflüssig und darum die Wirkung der Genehmigung unabhängig von ihr sein.

Der Grundsatz dieser Folgerung, daß nämlich der neg. gestor die Ratihabition vom Momente der gestio an nicht mehr ablehnen könne, ist in seiner Allgemeinheit nicht bezweifelt worden.

Dagegen hat Buchka [2]) den Satz aufgestellt, daß in dem Falle, wo der gestor als Stellvertreter des dominus mit einem Dritten contrahirte, der Gestor, so lange noch nicht ratihabirt ist, durch einen Nachlaßvertrag mit dem Dritten diesen jeder Verbindlichkeit entheben und auf diese Weise die Entstehung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem dominus und dem Dritten hintertreiben könne [3]). Wäre dies richtig, dann wäre allerdings dem Gestor zwar kein Ablehnungsrecht, aber doch die Möglichkeit gegeben, die Ratihabition zu vereiteln, welche in dem praktischen Effekte dem Rechte der Ablehnung ziemlich gleich käme.

Buchka stützt nun diesen Satz einfach darauf, daß der dominus in diesem Falle vor der Genehmigung noch gar kein Recht gegen den Dritten habe; ein solches Recht habe nur der Gestor selbst. Wenn nun dieser der Alleinberechtigte sei, so müsse auch ihm das Recht zustehen, sein Recht aufzugeben. Vielleicht könnte man dieser Deduktion auch noch den weiteren Grund beifügen, daß ja der gestor die ganze Handlung auch hätte unterlassen können und daß sich deßhalb der dominus nicht beklagen könne, wenn er seine Thätigkeit selbst wieder vernichte.

---

[1]) Hiebei ist einstweilen zu bemerken, daß nicht jede Ratihabition ein Rechtsverhältniß zwischen dem dominus und dem dritten Contrahenten erzeugt, wie später zu beweisen sein wird; wo dies nicht der Fall ist, da hat der Dritte kein Interesse daran, ob genehmigt wird oder nicht; er kann aus diesem Grunde die Genehmigung nicht beanstanden.

[2]) Stellvertretung S. 211.

[3]) Die Buchka'sche Ansicht ist jetzt auch vertreten von Bähr in den Jahrb. für Dogmatik. VI. S. 288. Dagegen haben sich erklärt: Brinz, kr. Bl. II. S. 40, Windscheid, II. Bd. S. 180.

Diese Aufstellung Buchka's leidet an demselben Fehler, welcher bereits bei anderer Gelegenheit gerügt ward. Er berücksichtigt nicht das Verhältniß der neg. gestio, welches dadurch, daß Jemand (G) im Namen eines Andern (D) mit einem Dritten (X) contrahirt, offenbar zwischen G und D entsteht. Dieses Rechtsverhältniß bindet den G, der Möglichkeit der Ratihabition seitens des D nicht zuwiderzuhandeln, und thut er es dennoch, so erscheint er dazu nicht befugt und muß sich, wenn er sich darauf beruft, die exceptio doli gefallen lassen. In gleicher Weise wird aber auch dem dritten Contrahenten, wenn er sich dem Ratihabenten gegenüber auf den Nachlaßvertrag beruft, die exceptio doli entgegenstehen. Denn sobald der betr. vom gestor abgeschlossene Vertrag auf den Namen des dominus gestellt ist — und nur von diesem kann man sagen, es sei eine stellvertretende n. gestio geübt —, so muß dieser dritte Contrahent wissen, daß zwischen dem G und dem D ein Rechtsverhältniß, sei es nun ein Mandat oder eine neg. gestio besteht, welche auf jeden Fall zwischen G und D eine Verbindlichkeit des Inhalts hervorruft, daß G nichts thun darf, was der Möglichkeit der Ratihabition zuwider ist. X handelt also dolos, wenn er mit G einen Vertrag abschließt, welcher ihn jeder Verbindlichkeit dem D gegenüber enthebt, obgleich er weiß bez. wissen muß, daß G durch diesen Vertrag seine Pflichten gegen den D verletzt und kann sich daher dem D gegenüber nicht auf solchen Vertrag berufen.

Die processuale Lage ist folgende:

D klagt gegen X aus dem Geschäft, welches er ratihabirt hat. X sagt: Ich habe mit G einen Nachlaßvertrag geschlossen. D opponirt die exceptio doli und siegt mit der Klage.

Auch der Grund, daß D sich nicht über den Nachlaßvertrag beklagen könne, weil er ohne die Gestio doch auch kein Recht hätte, ist durch das Vorausgeschickte bereits erledigt. Allerdings hätte der Gestor auch die Geschäftsführung unterlassen können; allein durch die Thatsache der Geschäftsführung besteht eben, jetzt vom Willen des Geschäftsführers unabhängig, das Rechtsverhältniß der Gestio zwischen gestor und dominus, aus welchem der letztere das Ratihabitionsrecht hat.

Uebrigens glaube ich die Behauptung Buchka's auch aus den Quellen widerlegen zu können. In l. 24 § 1 D. h. t. (46, 8) (Africanus) heißt es, nachdem die Frage vorausgeschickt worden, ob man die von einem Gestor (bez. procurator) vorgenommene aditio bonorum possessionis zu einer Zeit noch ratihabiren könne, wo der procurator todt oder wahnsinnig ist, folgendermaßen: „Sed illud consequens futurum, etiamsi poeniteat illum petiisse ratum haberi non posse, quod utique sit absurdum", d. h. die Consequenz der Verneinung der daselbst aufgeworfenen

Frage[4]) würde sein, daß man auch dann nicht genehmigen könnte, wenn es den Procurator in der Zwischenzeit reut, die bonorum possessio verlangt zu haben, und das wäre doch ein Absurdum. Der Procurator kann also durch Widerruf die einmal vorgenommene petitio oder aditio bon. poss. der Ratihabition nicht entziehen. Die gegentheilige Ansicht wird sogar als Absurdum bezeichnet. Setzen wir nun statt der aditio der b. p. die Abschließung eines Vertrags mit einem Dritten auf den Namen des dominus. Sollte sich nicht der Schluß rechtfertigen: So wenig in dem Falle der l. 24 § 1 cit. der Procurator die petitio der b. p. zurückziehen bez. dadurch die Genehmigung vereiteln kann, so wenig kann der Gestor bei einem Vertrage ein Reuerecht in der Art ausüben, daß er mittels Nachlaßvertrags seine ganze Gestio ungeschehen und damit die Ratihabition unmöglich macht? Ich sehe keinen Grund ein, warum diese Schlußfolgerung nicht gestattet sein sollte, insbesondere darf man sich auch daran nicht stoßen, daß die petitio der b. p. ein gerichtlicher Akt ist. Denn wenn die Buchka'sche Ansicht, welche dieser, dem Plane seines Buches gemäß, allerdings nur von Verträgen aufstellt, richtig wäre, so würde sie sich auch auf andere rechtliche Handlungen ausdehnen lassen müssen, weil ein Grund, spec. bei Verträgen jenes Reuerecht zu statuiren, nicht ersichtlich ist. Die citirte Gesetzesstelle stellt sich hienach auf einen principiell anderen Standpunkt als den von Buchka vertheidigten und dürfen wir an Irrthümlichkeit des letzteren keinen Zweifel hegen[5]).

Von dem Principe der Einseitigkeit der Genehmigung gibt es keine Ausnahme. Es ist daher nicht zulässig, eine Genehmigung nur im Falle der Uebereinstimmung des Gestor oder Dritten für möglich zu erklären. Das wäre keine Genehmigung mehr. Ebensowenig liegt darin eine Annahme der Genehmigung, wenn ein Interessent es unterläßt, dieselbe als verspätet zu bezeichnen, obwohl er sie als solche anfechten könnte. Denn das Verspätetsein ist ein so relativer Begriff, daß er sich zunächst nach dem subjekt. Ermessen der Interessenten richtet. Wird von diesen die

---

[4]) S. oben S. 36. 37.

[5]) Um deren Unzulänglichkeit vom praktischen Standpunkt zu begreifen, denke man sich folgenden Fall: G führt im Namen des D als dessen nicht beauftragter Prokurator mit X einen Prozeß durch. Das Eingehen eines Prozesses wird von der römischen Jurisprudenz bekanntlich durchweg als Eingehen einer Obligation behandelt. Wenn G den Prozeß gewonnen hat, müßte er nach Buchka's Theorie vor der Ratihabition das Recht haben, mit X einen Vertrag zu schließen, wodurch er ihm die ganze Prozeßverbindlichkeit und die aus der res judicata entstandene Obligation nachläßt. Und D könnte dann nicht mehr genehmigen — ein Resultat, das man wohl auch mit l. 24 § 1 cit. kurzweg als absurd bezeichnen darf.

Genehmigung nicht als verspätet bezeichnet, so ist kein Grund vorhanden, sie als solche zu betrachten, und wenn noch so viel Zeit vorhergegangen.

§ 9.

Wirkung der Genehmigung.

Wir haben die Wirkung der Genehmigung nach zwei Seiten hin zu untersuchen, nämlich einerseits ihre Wirkung auf das Verhältniß zwischen gestor und dominus, andererseits ihre Wirkung auf das Verhältniß des dominus zu dritten Personen. Da ein solches nicht bei jeder Geschäftsführung in Frage kommt, so wird sich als Mittelglied zwischen den beiden Erörterungen die Untersuchung einschieben, wann die Geschäftsführung überhaupt fähig ist, ein Verhältniß des dominus zu dritten Personen zu erzeugen. Hiemit ist der Plan der folgenden Untersuchungen festgestellt.

A. Wirkung der Genehmigung auf das Rechtsverhältniß zwischen Gestor und Dominus. 1. Auf die actio neg. gest. directa.

Vor der Genehmigung besteht zwischen dem dominus und dem gestor bereits das Rechtsverhältniß der neg. gestio. Der dominus hat gegen den gestor die actio neg. gestorum directa auf Alles, was dieser in Folge der gestio in Händen hat, auf Ersatz des Schadens, der ihm durch Verschulden des gestor erwachsen und auf Rechnungsstellung. Der gestor hat gegen den dominus, falls ein negotium utile vorliegt, die actio neg. gest. contraria auf gänzliche Schadloshaltung; in Ausnahmsfällen auf die Bereicherung.

1. Einwirkung auf die actio neg. gest. directa.

Die Genehmigung läßt die actio directa, soweit solche auf Herausgabe des in Folge der Gestio beim Gestor Befindlichen gerichtet ist, bestehen.

l. 6 § 10 D. de N. G. 3, 5 (Julianus):

Idem ait, si Titii debitorem, cui te heredem putabam, quum esset Seius heres, convenero similiter et exegero, mox tu ratum habueris, esse mihi adversus te et tibi mutuam negotiorum gestorum actionem.

l. 9 C. de neg. gest. 2, 19:

Si pecuniam tuam a debitore tuo Julianus exegit, eamque solutionem ratam habuisti, habes adversus eum negotiorum gestorum actionem.

l. 3 C. de contr. et comm. stip. 8, 38:

Ac propterea, si pecuniam a debitore tuo Julianus exegit, eamque solutionem ratam habuisti, habes adversus eum negotiorum gestorum actionem.

l. 9 D. de N. G. 3, 5 (i. f.) (Scaevola):

Erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio.

In wie weit die actio directa auf Schadensersatz wegen der Art und Weise der Geschäftsführung nach der Genehmigung noch angestellt werden kann, ist quaestio facti und hängt einfach davon ab, ob der Genehmigende bei der Genehmigung die Absicht hatte, sich auch mit der speciellen Thätigkeit, welche als schuldvoll die actio directa auf Schadensersatz erzeugte, einverstanden zu erklären, solche zu billigen oder nicht. Wenn er einmal eine Handlungsweise, auch eine schuldvolle, gebilligt hat, kann er später nicht mehr auf Grund derselben die actio directa gegen den Gestor auf Schadensersatz stellen. Dies ist der Sinn der vielbesprochenen l. 9 D. de N. G. 3, 5 (Scaevola libro I. Quaestionum).

Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio hoc[1]), an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat; nam quomodo, quum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? Sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola: Imo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum, te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum, et quemadmodum, quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi, ita omne, quod ab ipso probatum est. Ceterum, si ubi probavi, non est negotiorum gestorum actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim, quemadmodum recipiam? Item si vendiderit? Ipse denique, si quid impendit, quemadmodum recipiet? Nam utique mandati non est; erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio[2])."

---

[1]) In der Kriegel'schen Digestenausgabe ist das Komma vor hoc gesetzt und damit hoc als Objekt des folgenden ratum habeam gewollt. Diese Interpunktation bringt eine wesentliche Sinnesänderung nicht hervor, scheint aber um deßwillen nicht räthlich, weil hoc bei ratum habeo völlig entbehrlich ist, wogegen hoc zu dubio gezogen eine passende Betonung erzeugt.

[2]) Diese Stelle hat eine ganze Literatur hervorgerufen. Deren Verzeichniß s. Gregory a. W. S. 263—264. Ueber die Construktion derselben s. Gregory S. 264—271. Im Ganzen richtig im Resultate, wenn auch in der Construktion der Einzelsätze manchmal von einander abweichend und verfehlt, sind die Erklärungen von Busse S. 47—50, Ruhstrat a. a. O. XXXIII. S. 236 ff., Chambon S. 60 ff., Köllner S. 122 ff., Beckhaus S. 50 ff., Gregory S. 274 ff. (Es ist wohl nur ein

An die Spitze stellt Skävola einen Ausspruch des Pomponius folgenden Inhalts: Die actio negotiorum gestorum directa kann man nicht anstellen, wenn man ein schlecht geführtes Geschäft genehmigt hat[3]). Daher ist dafür zu halten, daß in dem Falle, wo die Ratihabition selbst noch in Frage steht, auch die actio neg. gestorum noch im Ungewissen ist; denn, wollte man annehmen, sie sei bereits in der Zeit dieser Unentschiedenheit in's Leben getreten, dann könnte sie nicht durch die Ratihabition beseitigt werden. Der oben aufgestellte Satz (Sed superius) ist aber nur mit der Modification richtig, daß die Haftung des Gestor wegen Dolus nicht durch die Ratihabition ausgeschlossen ist. So weit das Referat aus Pomponius[4]). Sei es nun, daß Scaevola diese

Schreibversehen, wenn Busse S. 50 A. 41, wo er die Uebersetzung der lex umschreibend gibt, sagt: „Denn das wird wohl Niemanden einfallen, zu bezweifeln, daß ein bestimmt bestehendes Verhältniß und die daraus zuständige Klage durch blose Willensmeinung (Billigung) wegfällt." Offenbar muß es statt „bezweifeln", „behaupten" heißen.) Vgl. a. n. Griesinger S. 58 ff. über diese Stelle.

[3]) Es ist kein Grund vorhanden, unter dem negotium male gestum ein Geschäft zu verstehen, das Jemand ohne die Absicht, Geschäftsführer zu sein (wie das in l. 6 § 3 D. h. t. 3, 5 erwähnte) vorgenommen hat, was Busse a. a. O. annimmt.

[4]) Die Meisten nehmen an, die Periode „Videndum — tolletur" sei dem Skävola und nicht dem Pomponius zuzuschreiben. S. Gregory S. 264 ff., woselbst eine ausführliche Widerlegung dieser Ansicht gegeben. M. E. enthält der Satz „Videndum etc." wie aus dem „ergo" unzweifelhaft hervorgeht, eine Folgerung aus dem vorhergehenden Prinzip. Es ist nun nicht abzusehen, wie Scaevola, der doch im Verlauf der Stelle die Ansicht des Pomponius zurückweist, dazu kommen sollte, auf eigene Rechnung Folgerungen aus einer als irrig darzulegenden Theorie zu ziehen: es sei denn, daß er solche hätte ad absurdum ziehen wollen. Das letztere wurde dann auch von Einigen angenommen (vgl. Gregory S. 265). Allein es wird sich doch kaum als ein absurdum hinstellen lassen, wenn die Abhängigkeit der Klage aus der neg. gestio von der Ratihabition auch in der Art behauptet wird, daß, so lange noch unentschieden sei, ob die Ratihabition erfolgt, auch die actio neg. gest. gewissermaßen in Schwebe sei, da dieser Fall ganz wohl denkbar ist.

Außerdem sprechen formelle Gründe für die Autorschaft des Pomponius. Mit „Imo puto" beginnt unzweifelhaft die Ansicht des Skävola. Sollte es nicht sehr unwahrscheinlich scheinen, daß derselbe, welcher hier in erster Person vorzutragen beginnt, kurz vorher einen Einwurf gegen des Pomponius Ansicht in dritter Person vorgetragen hätte?

Ferner: Da die Worte „Sed superius ita verum se putare etc." gewiß dem Referate aus Pomponius angehören, so würde, falls der Zwischensatz „Videndum — tolletur" Gegenbemerkung des Skävola wäre, eine Unterbrechung des Referates durch eine eigene Ansicht des Referenten eintreten, welche als solche nach dem Gebrauche der röm. Juristen nicht gewöhnlich ist, indem solche erst die fremde Ansicht ganz und dann die eigene vorzutragen pflegen. Wollte man aber auch eine solche Unterbrechung, welche allerdings nichts Unmögliches wäre, annehmen, dann wäre doch Skävola veranlaßt gewesen, dies mit irgend einem Worte anzudeuten und nicht durch das fortführende „ergo" zum gegentheiligen Verständniß hinzudrängen. Ueber die Bedeutung des videndum — ne kann man nicht zweifelhaft sein. Diese Einleitung bedeutet hier, wie an vielen anderen

Sätze des Juristen mißverstanden hat, oder, was wahrscheinlicher ist, daß er sie absichtlich auf die Spitze trieb, um dann zu beweisen, in jener allgemeinen Fassung seien sie unrichtig, auf jeden Fall enthält der folgende Theil unserer lex eine Widerlegung oder besser gesagt eine Berichtigung des von Pomponius entnommenen Satzes vom Ausschluß der actio n. g. directa durch die Ratihabition, indem Skävola fortfährt: Ich dagegen glaube, daß auch nach der Genehmigung die actio neg. gest. angestellt werden kann. Der obige Ausspruch (sed eo dictum) über die Unbelangbarkeit des Gestor (te mihi non teneri) — offenbar der citirte Satz des Pomponius — ist nur in dem Sinne wahr, daß man nicht mehr anfechten darf, was man einmal gebilligt hat; wenn nun schon derjenige, für den ein nützliches Geschäft geführt wurde, vom Richter gleich einem Ratihabenten behandelt wird[5]), und ihm daher nicht zukommt, mit der actio n. g. directa Entschädigung wegen schlechter Geschäftsführung zu verlangen, so kann doch demjenigen, welcher ausdrücklich eine schlechte Geschäftsführung gutgeheißen hat, nicht das Recht zustehen, mit Hinwegsetzung über die Genehmigung aus der schlechten, aber gebilligten Geschäftsführung Entschädigungsansprüche gegen den gestor zu erheben. Vielmehr wird die Genehmigung aufrecht erhalten.

Der folgende Theil ist leicht verständlich. Nachdem Scaevola den allgemein ausgesprochenen Satz des Pomponius in seine gehörigen Schranken zurückgewiesen hat, weist er darauf hin, welche Inconvenienzen entstehen würden, wollte man nach der Ratihabition die actio neg. gest. versagen, und folgert auch hieraus ihre Zulässigkeit.

Die praktische Bedeutung dieser Stelle ist hienach zweifellos. Sie enthält die Regel, daß bei Genehmigung der schlechten Ausführung eines Geschäftes die actio neg. gest. dir., welche, abgesehen von der Genehmigung wegen der schlechten Ausführung zustehen würde, wegfalle; sonach eine Bestätigung des von uns aufgestellten Satzes.

So wenig durch die Ratihabition die neg. gestio in ihrer Richtung auf Auslieferung desjenigen, was der Gestor als solcher hat, ausgeschlossen wird, so wenig (regelmäßig) in der Richtung auf Rechnungsablage. Aus den Quellen läßt sich dies nicht direkt erweisen, es ist aber sicher in dubio nicht anzunehmen, daß in der Genehmigung der Wille des dominus liegt, auf die Rechnungsablage zu verzichten; und da die Ratihabition nicht mehr und nicht weniger wirkt, als der Ratihabent will, so ist anzunehmen, daß regelmäßig die actio neg. gest. dir. auf

---

Stellen, z. B. l. 4 § 1 D. de V. O. 45, 1 (Videamus ne), eine Billigung der darauf folgenden Ansicht.

Ueber die relative Bedeutung dieses Satzes s. o. S. 38.

Rechnungsstellung nach der Ratihabition noch zulässig ist. Es kann übrigens auch in der Ratihabition ein Verzicht auf die Klage in dieser Richtung liegen, doch wird sich dieser Wille besonders kundgeben müssen.

Wenn um die größere oder geringere Wirkung der Genehmigung auf die actio n. g. directa gestritten wird, so liegt demjenigen der Beweis ob, welcher ihre weitergehende Wirkung bez. den Ausschluß der actio behauptet.

§ 10.

A. Wirkung der Genehmigung auf das Rechtsverhältniß zwischen Gestor und Dominus. 2. Auf die actio neg. gest. contraria.

Die actio neg. gest. contraria ist nicht in jedem Falle gegeben, wo eine Führung fremder Geschäfte vorliegt. Sie ist bedingt durch die utilitas negotii. Die Klage hat auch nicht immer denselben Umfang; je nachdem das Geschäft mehr oder weniger nothwendig gewesen, je nachdem es ganz absolut nützlich war, oder aber nur seinem Erfolge nach eine Bereicherung des dominus zur Folge hatte, geht dieselbe bald auf volle Schadloshaltung des Gestor, bald nur so weit, als eine thatsächliche Bereicherung des dominus vorliegt.

In Bezug auf die Ansprüche des Gestor gegen den dominus kann also die Geschäftsführung in drei Classen getheilt werden:

a) eine Geschäftsführung ohne jeden Klaganspruch, weil sie in keiner Weise nützlich ist;
b) eine Geschäftsführung mit einem Klaganspruch, der jedoch nur so weit geht, als der dominus thatsächlich bereichert ward[1]);
c) eine Geschäftsführung mit einer Klage auf volle Entschädigung bez. Schadloshaltung[2]).

Die Genehmigung einer neg. gestio ist unabhängig von dem Princip der Utilitas. Der Geschäftsherr kann auch dasjenige Geschäft genehmigen, welches nicht als utile erscheint[3]).

---

[1]) Z. B. l. 6 § 6 D. h. t. 3, 5. l. 52 § 1 D. de pactis l. 36 D. h. t. 3, 5. l. 6 § 3. l. 45. l. 49 D. h. t. 3, 5. l. 37 pr. D. eod. l. 12 § 2 D. de usufructu. Vgl. a. Leist, unberufenes Eingreifen S. 134 u. 135.

[2]) Beispiele: l. 6 § 1 D. l. 10. 22. 34. 41. D. h. t. 3, 5. l. 11. 13. 16 C. eod. Vgl. a. u. Leist a. a. O. S. 118 ff.

[3]) Vgl. Köllner a. W. S. 125, welcher sich hierüber des Weiteren ergeht.

l. 9 D. h. t. (Africanus):

„Si negotium a te quamvis male gestum probavero“ etc.

Es liegt das übrigens in der Natur der Sache. So gut ich ein Geschäft, welches mir nicht nützlich ist, aus irgend welchem Motive sowohl selbst vornehmen, als einem Andern Auftrag dazu geben kann, so gut kann ich ein solches Geschäft genehmigen.

Die Genehmigung hat nun die Wirkung, daß sie die Ansprüche des neg. gestor auf jeden Fall bis zu dem Grade entstehen bez. anwachsen läßt, daß der gestor volle Schadloshaltung vom Ratihabenten fordern kann. Daraus folgt: Bei derjenigen Geschäftsführung, welche schon vermöge ihrer hohen Utilitas den Gestor zu voller Entschädigung berechtigt (s. o. sub lit. c), kann in dieser Richtung eine Steigerung durch die Genehmigung nicht herbeigeführt werden. Daher die bereits erwähnten Aussprüche der l. 9 D. de N. G. 3, 5 u. l. 50 pr. D. mand. 17, 1.

Wo in Folge der Geschäftsführung eine actio neg. gest. aber auf die Bereicherungshöhe beschränkt vorhanden, da wird diese Beschränkung entfernt und die Klage auf völlige Schadloshaltung gegeben.

Wo eine Geschäftsführung ohne alle actio für den Gestor vorlag, da wird die Klage in dem angegebenen Umfang durch die Genehmigung geschaffen.

Es ist gleichgültig, ob der Gestor in guter oder böser Absicht, ob er mit oder ohne die Absicht, fremde Geschäfte zu führen, gehandelt, ob er ein nützliches oder ein nachtheiliges, vielleicht ganz ungeschicktes Geschäft geführt: die Genehmigung gleicht Alles aus und gewährt ihm Ersatz für allen Aufwand.

Der Gestor ist sonach im Falle der Ratihabition gerade so günstig gestellt, wie der Mandatar, der gleichfalls vom Auftraggeber völlige Schadloshaltung zu fordern berechtigt ist und wird daher in den Quellen diesem gleichgestellt. Dies ist die Bedeutung der folgenden Stellen:

l. 12 § 4 D. de solutt. 46, 3 (Julianus):

Sed etsi non vero procuratori solvam ratum autem habeat dominus, quod solutum est, liberatio contingit; rati enim habitio mandato comparatur.

l. 60 D. de R. J. 50, 17 (Ulpianus):

Semper qui non prohibet pro se intervenire mandare videtur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione.

Vgl. a. n. l. 1 § 14. l. 3 § 10 u. 11 D. de vi et vi armata. 43, 16. l. 3 § 2 u. 3 D. jud. solv. 46, 7. l. 1 D. de appell. recip. 49, 5. l. 152 § 2 D. de R. J. c. 10 in 6to de reg. jur. (5, 13).

Diese Stellen und insbesondere die l. 60 D. cit. haben nun zu einer Controverse Veranlassung gegeben, welche hier nicht übergangen werden kann. Dieselbe dreht sich um die Frage, ob die Genehmigung das Verhältniß der Geschäftsführung in ein Mandat verwandelt und in Folge dessen nach der Genehmigung die Mandatsklagen zuständig sind, oder ob noch nach der Genehmigung das Verhältniß der Gestio mit den actiones negotiorum gestorum fortbestehe?

Man fand nämlich, daß die l. 60 D. cit. die Mandatsklage gebe, während in anderen Quellenzeugnissen die neg. gestorum actiones unzweifelhaft noch nach der Genehmigung gewährt werden.

So z. B. in l. 9 D. de N. G. 3, 5:

Erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio.

l. 9 C. h. t. 2, 19, cf. l. 8 C. de contr. et comm. stip. 8, 38.

l. 3 C. de R. V. 3, 32.

l. 20 C. fam. herc. 3, 36:

„Sed mandati, si praecessit, coheres venditoris agere potest, vel negotiorum gestorum, si ratum fecerit venditionem.“

Auf diese Weise hatte man einen der beliebten Quellenwidersprüche gewonnen und machte sich mit einer gewissen Behäbigkeit an dessen Lösung. Man sagte, es finde elektive Concurrenz zwischen beiden Klagen statt, so daß es beiden Theilen stets freistehe, mit der actio mandati oder der actio neg. gest. klagend aufzutreten [4]). Oder es komme auf die Absicht an, ob der Ratihabent ein Mandatsverhältniß habe erzeugen wollen oder nicht [5]). Als ob das so geradezu in sein Belieben gestellt wäre! Und woran sollte sich denn die eine oder andere Willensrichtung erkennen lassen? —

Andere unterschieden zwischen vollendeter und unvollendeter Geschäftsführung; bei der letzteren soll die Genehmigung die Geschäftsführung in ein Mandat verwandeln [6]). Diese Auffassung hat nur den Fehler, daß es keine unvollendete Geschäftsführung gibt; denn auch die Führung eines unvollendeten Geschäftes ist als Geschäftsführung existent. Daß die Genehmigung für die etwa noch in Folge derselben nachfolgenden Theile des Geschäftes ein Mandat enthalten kann, ist unbestreitbar.

---

[4]) Cujac. ad l. 60 D. de div. reg. jur. Huber, Praelectiones in tit. de neg. gest. § 5. Westenberg Princ. jur. de neg. gest. § 22.

[5]) Nach Chambon S. 57 hat Cujac. in seinem Werke ad Julianum vol. VI. diese Ansicht vertreten. Fernere Anhänger: Janus a Costa zu § 1 Inst. III. 27. Voet. Comm. Tit. de Neg. gest. § 14.

[6]) Hellfeld, jurispr. for. § 419. Hofacker, Princ. jur. civ. tom. III. § 30. 36. not. m. Kritz, Pand.-R. I. Th. 1. Bd. S. 399 ff.

Dann ist die noch h. z. T. vertheidigte Ansicht zu erwähnen, daß der Dominus in Folge der Genehmigung der actio mandati contraria seitens des Geschäftsführers ausgesetzt sei, während er selbst nach wie vor die actio neg. gest. directa gegen den Gestor habe [7]).

M. E. ist dieser Ausweg nicht nöthig, aber auch sehr bedenklich; denn es wäre doch in hohem Grade auffallend, ein zweiseitiges Rechtsverhältniß mit zweierlei Klagen, die eine aus einem Contrakt, die andere aus einem Quasikontrakte ausgestattet zu sehen.

Zu denjenigen Ansichten, welche, wie die sämmtlichen bisher vorgetragenen, im Wesentlichen auf eine Versöhnung der widersprechenden Stellen hinauslaufen, sind aus neuerer Zeit noch zu zählen Leist [8]) und Köllner [9]). Leist gelangt nach einer längeren Untersuchung zu dem Resultate, daß es Fälle geben könne, wo das geführte Geschäft so sehr auf den Willen des Dominus gestellt sei, daß die Genehmigung allerdings dem Auftrage gleichstehe. Hierauf ist zu erwidern, daß der Ratihabent sogar in allen Fällen der Ratihabition dem Mandanten, was Rechte und Pflichten anlangt, gleichbehandelt wird, daß aber von einer solchen Gleichstellung die Umstellung des Verhältnisses in ein Mandat immer verschieden bleibt. Wenn daher Leist, wie es nach seiner ganzen Untersuchung scheint, Fälle annimmt, wo die „Gleichstellung" nicht erfolgt, so kann seiner Ansicht nicht beigepflichtet werden.

Die Ansicht Köllner's geht dahin, die actio mandati solle als subsidiäre Klage zur Ausfüllung eines Bedürfnisses da gegeben sein, wo die actio neg. gestorum nicht ausreicht. Hierdurch ist natürlich die Frage veranlaßt, wann denn die actio neg. gest. nicht ausreicht. Hierauf gibt Köllner zur Antwort, dies sei dann der Fall, wenn der Gestor fremde Geschäfte besorgt habe im Glauben, seine eigenen zu besorgen. In diesem Fall soll also nicht die actio neg. gest., sondern die mandati actio zuständig sein.

Die Verkehrtheit dieser Anschauung liegt zu offen. Einmal ist das Resultat sehr sonderbar, daß dann, wenn die Absicht, fremde Geschäfte zu

---

7) Vertheidiger dieser Ansicht: C. F. Welcker, Diss. de interpr. exhib. l. 9 de N. G. juncta l. 60 D. de R. J. Giess. 1813 (nach meinen Nachforschungen der älteste). Thibaut. II. Bd., seine Versuche Abh. Nr. 10. (2. Auflage). In der ersten Auflage erklärt Thibaut die l. 60 cit. in der Art: man habe sich die Zahlung als nach der Ratihabition geschehen zu denken, welche die Bürgschaft genehmigt. Die 2. Auflage ist mir übrigens nicht z. H. gewesen, ich citire die Aenderung von der in der 1. mir vorliegenden Auflage vertretenen Ansicht auf Chambons Autorität.) Ferner Agricola S. 61, Beckhaus S. 52, dann besonders Vangerow Pand. III. Bd. § 664 Anm. III.

8) A. W. S. 144 ff.

9) A. W. S. 119—122.

führen, fehlt, eine Klage gegeben sein soll, die der actio neg. gest. gegenüber, wenigstens für die Römer wegen ihres infamirenden Charakters, weiter geht, als die actio neg. gest. Dann bleibt Köllner den Beweis dafür schuldig, daß in diesen Fällen die actio neg. gest. nicht ausreichen könne.

Eine große Anzahl anderer Schriftsteller hat sich dahin ausgesprochen, daß die l. 60 D. cit. gegenüber den vielen für die Existenz der actiones neg. gest. sprechenden Zeugnissen beseitigt werden müsse.

Dazu gehört vor Allem als die älteste die von Thibaut in der ersten Auflage seiner Versuche aufgestellte Erklärung der l. 60 cit.[10]).

Busse[11]) erklärt dieselbe Stelle folgendermaßen; „Es ist angenommen, daß wer den andern an einer für ihn vorzunehmenden Verbürgung nicht hindert, als Machtgeber gilt. Und wenn er nun auch diese Verbürgung wie eine blose Geschäftsführung genehm halten wollte, so bleibt immer die frühere aus dem bestehenden Mandatsverhältniß herrührende Klage.“ Es soll also l. 60 cit. von der Ratihabition einer mandirten Bürgschaft handeln.

Im Wesentlichen folgen ihm auf diesem bezüglich der Beseitigung der l. 60 cit. eingeschlagenen Wege Chambon[12]), Griesinger[13]) und Gregory[14]).

Diesem Erklärungsversuche ist entgegenzuhalten, daß Ulpian in der That etwas sehr Ueberflüssiges und Selbstverständliches gesagt hatte, wenn sein Ausspruch nichts anders bedeuten sollte, als daß im Falle des Man-

---

10) S. o. Note 7.

11) A. W. S. 64 A. 99.

12) A. W. S. 59 ff.

13) A. W. S. 63 ff. „Die l. 60 cit. nun spricht in ihrem ersten Satz von dem Fall, wo der Dominus die Intervention eines Bürgen stillschweigend geschehen läßt.... Auf diesen Fall ist nun auch der zweite Theil der Stelle zu beziehen, so daß der Sinn dieses Satzes der ist: das durch die stillschweigende Duldung der Intervention begründete Mandatsverhältniß könne auch durch eine nachfolgende Ratihabition nicht mehr als blose neg. gestio hingestellt werden.

14) A. W. S. 274 ff. S. 275 steht folgende Erklärung: „Ulpianus ita scribens haec animo evolvisse nobis videtur. Quidam alium pro se fidejubere non prohibet, atque ita tacite mandare habetur, ut alter fidejubeat. Postea autem rem ratam habet. Forte jam dixeris: ergo dominus ex negotiorum gestione tenetur; minime vero, ait Ulpianus. Nam ubi tacitum mandatum adest, nihil agit ratihabitio. Omnino distinguas factum ratihabitionis a jure ratihabitionis (?!?). Hoc casu ratihabitio facti tantum naturam habet non juris.“ Auch diese Erklärung ist einfach auf Busse rückführbar und es erscheint daher nicht gerechtfertigt, wenn Gregory mit stolzer Stirne über die „contortior interpretatio“ Busse's wegschreitend seine Ansicht als eine originelle „simplicior interpretatio“ ankündigt.

dates eine Ratihabitio die Mandatsklage nicht zerstöre. Eine Ratihabitio kann ja mit einem rechtlichen Effekt beim Mandate gar nicht vorkommen. Ulpianus stellt überdies das „quod gestum est“ dem im ersten Theil der Stelle besprochenen Bürgschaftsmandat in ganz deutlicher Weise gegenüber, so daß es sehr schwer fällt, das „quod gestum est“ einfach mit dem Mandat zu identificiren. Auch diese Erklärung ist sonach nicht befriedigend.

Fragen wir nach dem praktischen Werthe dieser mit so vielem Eifer geführten Controverse, so ist zu constatiren, daß für das spätere römische Recht ein geringes, für das heutige Recht aber gar kein Interesse an dieser Entscheidung besteht. Auf die Bezeichnung der Klage kommt schon bei der römischen außerordentlichen Cognition, die doch zu Justinians Zeit die ausschließende war, nichts mehr an. H. z. T. ist dieselbe überflüssig und daher eine falsche Bezeichnung unschädlich. Darin also kann ein praktisches Interesse nicht liegen, ob die Klage Mandats- oder Geschäftsführungsklage heißt. Im röm. Recht war jedoch die Mandatsklage infamirend[15]), die Geschäftsführungsklage nicht. Insofern also war immerhin ein Unterschied. Im heutigen Rechtszustand ist die infamirende Wirkung hier wie bei allen andern Klagen weggefallen, somit auch jener Unterschied zwischen den beiden Klagen.

Auch der Grad der Haftung des Geschäftsführers ist der gleiche bei der mandati, wie bei der neg. gest. actio. Der Mandatar wie der Gestor haften für omnis culpa.

Hienach bleibt uns auf jeden Fall der Trost, daß von der Entscheidung jener Controverse bez. von der Aufklärung des erwähnten Widerspruches praktische Folgen nicht abhängen. M. E. liegt aber die Lösung desselben ganz nahe. Der Geschäftsführer befindet sich nach der Genehmigung in der gleichen Stellung wie der Mandatar. Es wird dies noch ganz besonders dann hervortreten, wenn wir das Verhältniß des Ratihabenten zu dritten Personen betrachten. Liegt da nicht die Ausdrucksweise nahe, den Gestor dem Mandatar gleichzustellen? Und mehr sagen offenbar jene Stellen nicht, welche von einem „mandato comparari“ sprechen. In l. 60 cit. geht Ulpian einen kleinen Schritt weiter und sagt: im Falle der Ratihabition stehe die Mandatsklage zu. Angesichts der vielen für das Gegebensein der Geschäftsführungsklage sprechenden Zeugnisse dürfen wir ihn wohl einer kleinen Ungenauigkeit des Ausdruckes zeihen und annehmen, er habe in l. 60 cit. nichts Anderes sagen wollen, als was auch in den anderen Stellen gesagt ist, welche die Genehmigung

---

15) L. 6 § 5 D. de his qui notant. inf. 3, 2.

in ihrer Wirkung dem Mandate vergleichen[16]). Für diese Auslegung spricht auch der äußerliche Umstand, daß sich l. 60 cit. im Titel de regulis juris befindet, dessen Inhalt wir gewöhnt sind, nur mit Vorbehalt und Modificationen anzunehmen. Von einem Widerspruche ist sonach keine Rede.

Im Vorstehenden ist die regelmäßige Wirkung der Genehmigung auf das Verhältniß zwischen Gestor und Dominus behandelt, nach welcher die Ansprüche des Gestor auf diejenige Höhe erhoben werden, welche bei der gestio utilis und (regelmäßig) beim Mandat eintreten.

Die actio contraria mandati geht jedoch unter gewissen Verhältnissen weiter als die actio neg. gest. contraria im Falle der utilis gestio.

Mit der neg. gest. actio contr. kann (ohne daß Ratihabition eintritt) unter keinen Verhältnissen Bezahlung für die geleisteten Dienste des Geschäftsführers selbst gefordert werden. Von der Unentgeltlichkeit des Mandats werden jedoch gewisse Ausnahmen gemacht. Während regelmäßig das Zahlen eines Lohnes den Unterschied zwischen mandatum und locatio conductio operarum begründet[17]), so daß bei ausdrücklicher oder stillschweigender Lohnbedingung kein Mandat, sondern Dienstmiethe vorliegt, wird bei sog. operae liberales, bei welchen sich das römische Standesgefühl sträubte, eine Dienstmiethe anzunehmen, die Mandatsklage auf Bezahlung der Dienste gestattet[18]).

Wie ist es, wenn solche operae liberales, bei denen eine Vergütung üblich ist, von einem unberufenen Geschäftsführer geleistet werden, und der Geschäftsherr ertheilt seine Genehmigung? Wird in diesem Falle dem Gestor eine Klage und welche Klage gegeben auf Bezahlung entsprechender Vergütung für die Dienstleistung selbst?

Wenn der Geschäftsführer nach der Genehmigung gerade so zu behandeln ist, wie der Mandatar, und dies wurde im Vorstehenden bewiesen, so darf auch nicht daran gezweifelt werden, daß der Ratihabent in Folge der Genehmigung ebenso verpflichtet ist, eine entsprechende Vergütung zu gewähren, wie wenn er mandirt hätte. Daß man die Klage

---

16) Dankwardt a. W. S. 22 hat diesen Weg, die l. 60 cit. zu erklären, bereits angedeutet. Auf diese Weise ist jede Emendation der vielbesprochenen Stelle überflüssig, obwohl die von Arndt's Pand. § 298 Anm. 4 vorgeschlagene Einschiebung eines „ut" (sc. velut) zwischen obstringitur und mandati bei der Leichtigkeit einer Gemination des „ur" in „ut" nicht gerade verwerflich, auf jeden Fall aber auf denselben Sinn abzielend erscheint, wie unsere Erklärung.

17) Mandatum nisi gratuitum nullum est (l. 1 § 4 mand. 17, 1); dann „Mercede constituta incipit locatio conductio" (§ 13 J. mand. 3, 26).

18) L. 6 pr. D. h. t. 17, 1. l. 1 C. h. t. 4, 35. Vgl. noch Windscheid Pand. II. Bd. § 404 N. 2, 7.

auf Honorar in diesem Fall für eine neg. gest. actio contraria halte, scheint um deßwillen bedenklich, weil wahrscheinlich beim Mandate auch nicht die eigentliche mandati actio zuständig, sondern nur eine Befriedigung auf dem Wege außerordentlicher Cognition möglich war [19]). Deßwegen ist es aber wahrscheinlich, daß eine solche außerordentliche Klage, vielleicht auch eine actio in factum oder praescriptis verbis, im Ratihabitionsfalle gleichfalls Platz greift. Für das heutige Recht ist dieses Alles gleichgültig; es genügt, das Dasein des betr. Anspruchs zu constatiren.

Beispiel: Ein Rechtsanwalt führt einen Prozeß für mich, ohne von mir dazu beauftragt zu sein und gewinnt ihn. Ich genehmige. Dann habe ich dem Anwalte nicht bloß seine Auslagen zu ersetzen, sondern ihm auch seine Deserviten als Entgelt für seine Bemühungen zu zahlen.

Gegenstand einer Geschäftsführung kann auch eine Dienstleistung sein, welche nicht zu den neg. operae liberales, sondern zu den operae locari solitae gehört. Wenn in diesem Falle Genehmigung erfolgt, kann dann der Dominus angehalten werden, entsprechende Vergütung für die Dienste zu zahlen?

Auf die Gleichstellung des Ratihabenten mit dem Mandanten können wir uns hier nicht berufen. Einen Anspruch eines Mandatars auf Bezahlung für operae locari solitae gibt es nicht. Denn ist dem berufenen Geschäftsführer kein Lohn zugesagt, so hat er keinen Anspruch darauf; ist ihm Lohn versprochen, dann liegt kein mandatum, sondern eine locatio conductio operarum vor.

Für die Bejahung dieser Frage sprechen gleichwohl triftige Gründe. Einmal die Analogie der Gewährung eines Anspruchs auf Bezahlung im Falle der Leistung von operae liberales bei nachfolgender Ratihabition, denn es ist kein Grund ersichtlich, warum der Gestor, dem Genehmigung ertheilt wird, wenn er operae locari solitae leistete, schlechter gestellt sein sollte, als derjenige, dessen Dienste als Gestor unter die Kategorie der liberales operae fallen. Ferner spricht dafür ganz entschieden die Rücksicht der Billigkeit. Man denke z. B. an folgende Fälle: A hat ohne Auftrag den Maurermeister X zur Ausbesserung eines höchst reparaturbedürftigen Hauses des B bestellt und solchem seine Arbeiten bezahlt. Im Falle der Genehmigung hat er Anspruch auf Schadloshaltung, folglich hier auf Zahlung des gesammten an X gezahlten Lohnes. Wenn nun A selbst ein Maurer ist, dann soll er im Falle der Geneh-

---

[19]) L. 1 Cod. h. t. 4, 35.

migung nur Anspruch auf Schadloshaltung, sonach auf seine Auslagen und etwa noch auf Vergütung für Versäumniß anderweitigen Verdienstes haben, wobei er bezüglich des letzteren auch noch in der schwierigen Lage wäre, den Entgang des Gewinnstes nachzuweisen? Oder ein Commissionär, dessen Dienste doch offenbar unter die vermiethlichen fallen, bringt in Erfahrung, daß ich damit umgehe, mein Haus zu verkaufen. Ohne mein Wissen sucht er für dieses Haus einen Käufer und schließt denn auch wirklich einen Kauf in meinem Namen ab. Dann theilt er mir erst den Abschluß mit und ich genehmige den Verkauf. Sollte der Commissionär nicht Anspruch auf entsprechende Vergütung haben? Schwerlich würde ein Richter in diesen und ähnlichen Fällen die Klage des Gestor auf Bezahlung abweisen.

Wir werden daher in diesen Fällen der Ratihabition die Wirkung beimessen, daß sie auch einen Anspruch des Gestor auf Bezahlung seiner Dienste erzeugt, und sind sonach zu dem Schlusse berechtigt, daß die Ratihabition, gleichwie sie regelmäßig ein dem Mandate analoges Rechtsverhältniß zwischen Gestor und Dominus erzeugt, so unter gewissen Umständen, nämlich dann, wenn operae locari solitae den Gegenstand der Geschäftsführung bilden, ein Rechtsverhältniß hervorbringt, das nach Analogie der locatio conductio operarum zu beurtheilen ist.

Hiebei ist jedoch zu bedenken, daß operae locari solitae auch Gegenstand einer unentgeltlichen Dienstleistung sein können. Nicht jedesmal, wenn die Geschäftsführung aus solchen Diensten besteht, wird daher die Ratihabition die der Dienstmiethe analoge Wirkung haben und den Anspruch des Gestor auf Bezahlung begründen, sondern nur dann, wenn dies im Willen des Ratihabenten liegt. Hiebei kann es jedoch vorkommen, daß dieser Wille in den obwaltenden Verhältnissen selbst klar zu Tage tritt, und dies wird sogar regelmäßig der Fall sein. Den Beweis des auf Erzeugung eines der locatio conductio gerichteten Willens des Ratihabenten hat im Verneinungsfalle der Gestor zu führen, als derjenige, welcher die weiter gehende Wirkung behauptet. Diesen Beweis wird er sehr häufig durch Indicien führen können.

Der Anspruch des Gestor hätte bei den Römern wohl auch hier nur im Wege der extraordinaria cognitio geltend gemacht werden können. H. z. T. steht er jedem andern obligatorischen Anspruch ohne spec. Namen gleich. Als Resultat der Untersuchungen über die Einwirkung der Genehmigung auf das Rechtsverhältniß zwischen Gestor und Dominus erhalten wir sonach den Satz:

Wie die Berufung zur Geschäftsführung entweder durch Mandat oder durch Dienstmiethe geschieht [20]), so erzeugt auch die nachfolgende Genehmigung des Geschäftsherrn ein entweder dem Mandate oder der Dienstmiethe analoges Verhältniß zwischen Gestor und Dominus [21]).

Anhang zu § 4—10.

Neuere deutsche Gesetzgebungen.

In diesen sind folgende Vorschriften über Geschäftsführung und die Wirkung der Genehmigung auf das Verhältniß zwischen Gestor und Dominus enthalten:

I. Preußisches Landrecht. Th. I. Tit. XIII.

§ 235. „Auch wenn die Genehmigung nicht erfolgt, haftet dennoch der Eigenthümer für die zur Verhütung des Schadens nützlich aufgewendeten Kosten."

§ 238. „Wer aber die Geschäfte eines Andern, blos um dessen Vortheil zu befördern, ohne Auftrag übernimmt, muß sich um die Genehmigung desselben bewerben."

§ 239. „Erfolgt diese Genehmigung ausdrücklich und ohne Einschränkung, so entstehen zwischen den Beiden eben die Rechte und Pflichten, wie zwischen einem Vollmachtgeber und Bevollmächtigten."

§ 240. „Soweit der, dessen Geschäfte besorgt sind, die Genehmigung versagt, muß er sich auch des aus der Besorgung entstandenen Vortheils begeben."

Das preußische Landrecht hat sonach die Gleichstellung des Ratihabenten und Mandanten, wie das R. R. Ein Unterschied vom gem. Recht besteht darin, daß das Pr. L.=R. für die Genehmigung eine ausdrückliche Willenserklärung fordert, sonach Genehmigung nicht durch concludente Handlungen geschehen läßt. Vergl. n. Koch Lehrb. des pr. gem. Pr. R. I. § 660. 661.

---

[20]) Es ward bereits oben erwähnt, daß der Societätsvertrag als Form der Berufung zur Geschäftsführung nur insofern aufgeführt werden kann, als er ein Mandat oder eine Dienstmiethe enthält.

[21]) Griesinger a. W. S. 59, 60 gelangt zu dem Resultate, daß die Ratihabition für das zwischen Gestor und Dominus bestehende Verhältniß vollkommen indifferent sei. Diese Ansicht ist so grundfalsch, daß man ihre Aufstellung nur dann begreifen kann, wenn man liest, daß Griesinger von dem Satze ausgeht, die Haftung des Dominus und Ratihabenten gehe nie über das Maß der Bereicherung hinaus (S. 58).

II. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie (1811).

§ 1016. „Ueberschreitet der Gewalthaber die Grenzen seiner Vollmacht, so ist der Gewaltgeber nur insofern gebunden, als er das Geschäft genehmigt."

Dies ist der einzige §, der von Genehmigung handelt. Der Gewalthaber, der seine Vollmacht überschreitet, ist neg. gestor. Ob mit dem „gebunden sein" eine Gleichstellung der Genehmigung mit dem Mandate ausgedrückt sein soll, muß zweifelhaft bleiben.

III. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen. Dresden. Ohne Jahreszahl. Zeit der Veröffentlichung: Ende 1852. (Nach Wächter's Kritik sub tit.: „Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das Königr. Sachsen. Ein Beitrag zur Beurtheilung desselben." (Leipzig. 1853) ist Dr. G. F. Held der Verfasser des Entwurfs.)

§ 749. „Genehmigt Jemand das von einem andern ohne Auftrag besorgte Geschäft ausdrücklich und ohne Einschränkung, so entstehen zwischen Beiden Rechte und Pflichten, wie zwischen einem Machtgeber und Machthaber."

Wie das gem. R., mit Ausnahme der Ausschließung der Genehmigung durch concludente Handlungen.

§ 753. „War demjenigen, dessen Geschäfte ohne seinen Auftrag besorgt wurden, solches schon vor oder während der Besorgung bekannt, und hat er dieser Besorgung nicht sogleich nach erlangter Wissenschaft widersprochen, so kann er sich der Genehmigung nicht entbrechen."

D. h. wohl nichts Anderes, als es gilt dies als stillschweigendes Mandat.

IV. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Canton Zürich. 1855.

Nachdem § 1210 bei sog. nothwendiger Geschäftsführung eine Ersatzpflicht des Geschäftsherrn für Auslagen und Verwendungen, sowie im § 1211 eine Haftung für den Fall der Bereicherung bis zu deren Höhe statuirt hat, bestimmt

§ 1215. „Wenn die Geschäftsbesorgung nachträglich von dem Geschäftsherrn gebilligt wird, so haftet er daraus ebenso, wie wenn dieselbe aus seinem Auftrag besorgt worden wäre."

Uebereinstimmend mit dem gem. R.

V. Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863.

§ 1340. „Die Genehmigung eines bereits geführten Geschäftes hat die Wirkung, daß der Geschäftsführer nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, der Genehmigende aber nach den Vorschriften über die Geschäftsführung vermöge Auftrags zu beurtheilen ist. Wird ein angefangenes Geschäft genehmigt, so liegt darin ein Auftrag zu dessen Fortführung."

Die im vorhergehenden Texte erwähnte Ansicht Vangerow's u. A. von der halben Wirkung der Genehmigung ist hier adoptirt.

VI. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern.

Art. 740. „Hat der Geschäftsherr die Geschäftsführung nachträglich genehmigt, so haftet er dem Geschäftsführer ebenso, als hätte er ihn beauftragt.

Der Genehmigung steht es gleich, wenn sich der Geschäftsherr einen Vortheil aus der Geschäftsführung aneignet. Ist eine Genehmigung des Geschäftsherrn nicht erfolgt, so richten sich die Ersatzansprüche des Geschäftsführers nach den Bestimmungen der Art. 741 und 744."

Art. 741, 742, 743 und 744 bestimmen das Rechtsverhältniß zwischen Gestor und Dominus in einer dem gem. R. analogen Weise.

Art. 746 enthält folgende Bestimmung: „Jeder Anspruch des Geschäftsführers aus der Geschäftsführung, auch wenn diese nachträglich genehmigt wurde, ist ausgeschlossen, wenn ihm die zur Uebernahme derselben vorgeschriebene obrigkeitliche Genehmigung fehlt, oder wenn er das Geschäft mit der Absicht besorgt hat, deßhalb keinen Anspruch gegen den Geschäftsherrn geltend zu machen. Diese Absicht hat der Geschäftsführer zu beweisen, sofern sie nicht aus der Persönlichkeit des Geschäftsführers oder aus den Umständen klar hervorgeht."

Man vgl. hiezu noch Lang, der Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. f. das Königr. Bayern mit Berücksichtigung des hess. und sächs. Entw. kritisch beleuchtet. München 1861 u. 62. S. 187. 188.

Die Motive zu dem Entw. S. 224 ff.

§ 11.

Verhältniß zwischen Geschäftsführung und Stellvertretung.[1])

Stellvertretung im eigentlichen Sinne, sog. offene Stellvertretung[2]), ist blos da vorhanden, wo eine Person für und im Namen einer andern Person ein Rechtsgeschäft abschließt und dadurch die Wirkung hervorbringt, daß diese andere Person aus dem betr. Rechtsgeschäft direct berechtigt und verpflichtet wird. Der Stellvertreter steht als selbst handelnd dem Nuncius gegenüber, der lediglich als Werkzeug der Verkündigung des Willens des Handelnden erscheint. Nicht jedes Mandat erzeugt das Verhältniß der Stellvertretung. Einmal kann das Mandat den Mandatar zu einer Thätigkeit veranlassen, die nicht Rechtsgeschäft ist; dann ist er nicht Stellvertreter, z. B. ich beauftrage Jemand (ohne Lohn zu versprechen) zum Transport einer Waare. Ferner kann dem Mandatar aufgetragen sein, nicht im Namen des Auftraggebers, sondern im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft abzuschließen. So hat der Commissionär im Sinne des allg. d. H.-G.-B. Art. 360 die Stellung eines Mandatars dem Auftraggeber gegenüber, aber er ist nicht Stellvertreter, weil er auf eigenen Namen contrahirt. Es kann endlich der Auftraggeber den Mandatar beauftragen, im Namen seiner, des Prinzipals, ein Rechtsgeschäft abzuschließen; dieser contrahirt gleichwohl auf eigenen Namen; dann ist er wieder nicht Stellvertreter[3]).

Die Stellvertretung kann auch eine Folge der Dienstmiethe sein. Ich kann Jemandens Dienste in der Art miethen, daß er zur Abschließung von Rechtsgeschäften in meinem Namen thätig wird. Z. B. ich kann einen Packträger miethen, auf dem Markte für mich und in meinem Namen Viktualien einzukaufen. Aber nicht jede Dienstmiethe bewirkt Stellvertretung durch den Gemietheten, so wenig wie jedes Mandat. Z. B. Weder der Maurer, den ich zur Erbauung eines Hauses, noch der Unterhändler, dessen Dienste ich in der Art miethe, daß er die zu schließenden Geschäfte auf seinen Namen stellt, sind Stellvertreter. Ebensowenig der Dienstmann, den ich als Nuncius gebrauche.

---

[1]) Vgl. über diesen Gegenstand besonders Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Verträgen, Brinz, Krit. Bl. Nr. 2, Scheurl, Krit. Ueberschau I. S. 320. Ueber den Begriff auch noch Ihering in Jahrb. f. Dogm. I. S. 274. Scheurl, eod. II. S. 19. Arndt's Pand. § 76 A. 1. Puchta, Pand. § 52 not. a. Vorles. I. S. 116. Windscheid, Pand. I. § 73. Unger, österr. Pr.-R. II. § 90.

[2]) Vgl. Ihering a. a. O. Bei dieser Erörterung kann es nicht zu einer förmlichen Darstellung der Lehre von der Stellvertretung und ihrer Entwicklungsgeschichte kommen, vielmehr wird als anerkannt vorausgesetzt, daß h. z. T. eine Stellvertretung sowohl im Sachen- wie im Oblig.-Recht überall möglich ist.

[3]) Vgl. h. Buchka a. W. S. 207.

Was vom Mandate und der Dienstmiethe gesagt ward, gilt auch vom Societätsvertrag.

Stellvertretung und Mandat sind daher verschiedene Begriffe.

Wo die berufene Geschäftsführung nicht Stellvertretung erzeugt, da kann die unberufene um so weniger solche erzeugen. Wenn der unberufene Geschäftsführer eine Thätigkeit vornimmt, die nicht Rechtsgeschäft ist, ist er nicht Stellvertreter. Wenn derselbe im eigenen Namen das Rechtsgeschäft vornimmt, kann er auch nicht Stellvertreter sein.

Ist der unberufene Geschäftsführer, wenn er im Namen des Geschäftsherrn das Rechtsgeschäft vornimmt, Stellvertreter, abgesehen von der Genehmigung des Geschäftsherrn? Diese Frage läßt sich auch so stellen: Wird durch die unberufene Führung eines auf den Namen des Dominus gestellten Rechtsgeschäfts dieser Dritten gegenüber aus diesem Rechtsgeschäfte berechtigt oder verpflichtet, ohne Genehmigung zu ertheilen? Die Antwort ist entschieden: Nein. Der Beweis ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

1. Stellvertretung ist möglich beim Besitzerwerb. Zum Besitzerwerb ist nothwendig der Wille, Besitz zu erwerben; wenn der Geschäftsherr nichts von der Geschäftsführung, die Besitz in seinem Namen antritt, weiß, kann er nicht den Willen haben, Besitz zu erwerben. Erfährt er von dieser Geschäftsführung, so ist zweierlei möglich: der Geschäftsherr genehmigt nicht, dann kann er auch nicht den Willen haben, den Besitz zu erwerben; oder er hat den Willen, Besitz zu erwerben, d. h. er genehmigt; was die Wirkung der Genehmigung ist, davon später.

2. Stellvertretung ist möglich beim Eigenthumserwerb und Eigenthumsverlust. Wo zum Erwerb des Eigenthums Besitz gehört (Tradition, Occupation, Spezification, Usucapion), da folgt unmittelbar aus der soeben erwähnten Unmöglichkeit des Besitzerwerbs durch einen stellvertretungsweise auftretenden Gestor die Unmöglichkeit, Eigenthum durch solchen Gestor ohne Ratihabition zu erwerben.

Eigenthumserwerb ohne Besitzerwerb ist möglich durch Verbindung. Diese Verbindung kann allerdings durch einen stellvertretungsweise handelnden Gestor hergestellt und auf solche Weise Eigenthum durch den Gestor erworben werden. Der Grund dieses Erwerbes liegt aber nicht darin, daß der Gestor als Stellvertreter oder auch nur als Gestor handelt, sondern in der Thatsache der Verbindung, welche auch, wenn sie durch einen Nicht-Gestor oder durch Zufall hervorgebracht wird, den Eigenthumserwerb zur nothwendigen Folge hat.

Ebensowenig kann das Eigenthum verloren werden durch einen als Stellvertreter handelnden Gestor. Eigenthumsverlust ist möglich durch

Uebertragung an einen Andern, oder ohne Uebertragung an einen solchen. Uebertragen kann der Gestor nicht, weil nur der Eigenthümer als solcher dazu befugt ist; Eigenthumsverlust ohne Uebertragung ist möglich mit dem Willen des Eigenthümers (Dereliktion); daß der auf Dereliktion gerichtete Wille eines Gestor nicht den Eigenthumsverlust des Dominus zur Folge haben kann, ist einleuchtend. Wo ein Eigenthumsverlust ohne Willen des Eigenthümers möglich ist (z. B. Verbindung, Vernichtung), da ist er auch durch das Handeln eines Gestor möglich, aber nicht deßwegen, weil er als Gestor handelt, sondern weil die Thatsache als solche, auch die zufällige, denselben Erfolg herbeiführt. Ein Erwerb oder Verlust von Eigenthum ist also durch den Gestor, der stellvertretend handelt, nicht möglich.

3. Dasselbe, was vom Eigenthume gilt, gilt auch von Erwerb und Verlust dinglicher Rechte.

4. Ein Erwerb einer Forderung gegen einen Dritten für den Dominus durch den Gestor, der als Stellvertreter auftritt, ist nicht möglich ohne Ratihabition, weil Niemand ohne bez. gegen seinen Willen ein Forderungsrecht erwirbt [4]). — Ebensowenig kann der Dominus aus dem in seinem Namen geschlossenen Geschäfte des Gestor ohne Ratihabition verpflichtet werden. Denn ohne Ratihabition fehlt jedes zur Grundlage der Stellvertretung dienende juristische Band zwischen Gestor und Dominus.

Die hier bezüglich des Erwerbs von Forderungsrechten aufgestellten Sätze sind nicht unbestritten. Ihering [5]) und Brinz [6]) sind die bedeutendsten Vertreter der gegentheiligen Ansicht, und vertreten den Satz ersterer, daß in gewissen Fällen (Darlehenshingabe, Depositum), letzterer, daß überall durch einen neg. gestor Forderungsrechte erworben werden können. Auf ausführliche Besprechung dieser Theorie kann hier nicht um so weniger eingegangen werden, als dieselben auf die Lehre von der Genehmigung nicht influiren [7]). Nur ist hervorzuheben, daß die Frage, ob ich aus einem in meinem Namen mit X abgeschlossenen Vertrage dem D ein Forderungsrecht erwerben kann, entschieden zu trennen ist, von der Frage, ob ich durch einen im Namen des D abgeschlossenen Vertrag den D ohne Ratihabition zum Vertragsberechtigten mache. Man

---

4) Vgl. Buchka a. W. S. 210.

5) Jahrb. f. Dog. S. 87 ff.

6) Krit. Bl. II. S. 24 ff.

7) Man vgl. über dieselben Windscheid Pand. II. § 313. Gegen Ihering's Theorie ist Scheurl, Jahrb. f. Dog. II. S. 2 ff. mit sehr gewichtigen Gründen aufgetreten.

kann erstere Frage bejahen, ohne dies auch bei der letzteren thun zu müssen.

Daß der Dominus durch die nicht ratihabirte Geschäftsführung eines in seinem Namen contrahirenden Gestors nicht stellvertretungsweise aus dem Vertrage obligirt wird, ist allgemein anerkannt.

Nicht im Widerspruch hiemit steht der Rechtssatz, daß der dritte Contrahent im Falle der Dominus durch die Gestio auf seine Kosten bereichert ward, einen Anspruch gegen ihn bis zum Maße der Bereicherung hat.

l. 7. § 1 Cod. quod cum eo 4, 26.[8]).

Denn die Klage des Contrahenten gegen den bereicherten Dominus ist auf keinen Fall die Klage aus dem abgeschlossenen Contrakt[9]), ist sonach keine in Folge von Stellvertretung entstandene.

§ 12.

B. Wirkung der Genehmigung auf das Verhältniß des Dominus zu dritten Personen.

I. Wenn der Gestor im Namen des Dominus gehandelt hat.

Die Genehmigung steht in der Wirkung dem Auftrage gleich. S. o. § 10.

---

[8]) „Alioquin si cum libero rem agente ejus, cujus precibus meministi, contractum habuisti et ejus personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem ejus pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit."

[9]) Vgl. a. l. 82 D. pro socio 17, 2. Ueber die Natur der durch die angeführte Coderstelle statuirten Klage herrscht viel Streit. Früher hielt man sie gewöhnlich für eine actio de in rem verso utilis (vgl. die Literatur-Angaben bei Kämmerer VIII. Bd. der Zeitschr. f. Civ.-R. u. Pr.-S. S. 352 ff.), welche in ähnlicher Weise der actio de in rem verso nachgebildet wäre, wie die actio institoria utilis der institoria. So jetzt wieder Windscheid II. § 438. A. 5 nach dem Vorgang Buchka's a. W. S. 250. Andere halten sie für eine ganz allgemeine Bereicherungsklage (Kämmerer l. c. S. 355 citirt eine bedeutende Zahl von Schriftstellern für diese Ansicht). Kämmerer l. c. S. 361 hält sie für eine actio in factum (womit doch eigentlich gar nichts gesagt ist). Am meisten für sich hat diejenige Theorie, welche in der in l. 7 § 1 C. cit. erwähnten Klage eine utilis actio neg. gest. contraria erblickt, deren Cession der dritte Contrahent verlangen könne und welche deßhalb auf Grund fingirter Cession vom dritten Contrahenten angestellt werden könne. Vertreter derselben sind schon Noodt, Comm. ad Dig. L. XV. tit. 3 § igitur. In Opp. tom. II. § 349. G. C. Seuffert in Diss. de eo quod juris est circa de in rem verso actione (Wirceburgi 1822). Seuffert, Pand. II. § 346. Derselbe, Beiträge zur Gesetzgebung S. 119 ff. Rudorff zu Puchta Vorl. II. S. 127 A. 3. Keller, Pand. § 236. Witte, Bereicherungsklagen S. 266. Arndt's Pand. § 248 A. 2.

Daraus folgt: Wo der Auftrag eine Stellvertretung des Mandanten durch den Mandatar begründet, da wird auch durch die Ratihabition das Verhältniß der Stellvertretung in der Art hervorgebracht, daß das vom Gestor vorgenommene Rechtsgeschäft als vom Genehmigenden vorgenommen gilt. Im römischen Recht ist die Zulassung der Stellvertretung auch beim Mandate eine beschränkte. Fest steht, daß Besitz und Eigenthum durch beauftragte Stellvertreter erworben werden kann.

Daraus folgt, daß auch durch Ratihabition Besitz- und Eigenthumserwerb des Dominus bewirkt werden kann.

l. 42 § 1 D. de acquir. vel am. 41, 2[1]).

Ueber die Zulassung der Stellvertretung auf dem Gebiete des Obligationsrechtes sind die Ansichten verschieden. Auf keinen Fall ist dieselbe bei allen Obligationsverhältnissen anerkannt worden. Eine Kritik der verschiedenen Theorien[2]) liegt nicht im Plane dieser Abhandlung. Für uns genügt der folgende Satz: Wo die Römer (nach der Ansicht der einzelnen Schriftsteller) im Obligationenrecht eine Stellvertretung durch den Beauftragten zulassen, da hat auch die Genehmigung dieselbe Wirkung.

Das heutige Recht hat einem dringenden Bedürfnisse nachkommend auf dem Wege der Gewohnheit die römischen Grundsätze über Stellvertretung insofern beseitigt, als es dieselbe überall und allgemein, sowohl im Gebiete des Sachen- wie des Obligationenrechtes zuläßt. Daraus folgt, daß h. z. T. die Wirkung eine andere ist als im R. R., indem die Genehmigung auch in denjenigen Fällen, wo das R. R. Stellvertretung nicht zuließ, eine Stellvertretung erzeugt, immer vorausgesetzt, daß der Gestor überhaupt als Stellvertreter handelte.

Nicht nur im Gebiete des Eigenthumes und Besitzrechtes, sondern auch im Obligationenrecht erzeugt sonach die Genehmigung eines Rechtsgeschäftes, das im Namen des Dominus abgeschlossen ist, ein direktes Rechtsverhältniß zwischen dem Dominus und dem Dritten. Ratihabirt der Dominus einen solchen Vertrag, durch den ein Forderungsrecht erworben werden soll, so erscheint der Ratihabent nunmehr als direkt forderungsberechtigt, der Dritte ist ihm direkt verpflichtet. Ist der Vertrag auf Entstehen einer Verbindlichkeit gerichtet, so wird der Dominus durch die Genehmigung direkt verpflichtet.

---

[1]) „Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem; quod si sua sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emtionem."

[2]) Vgl. Buchka, Stellvertr. S. 115, und Savigny's bekannte Unterscheidung zwischen Geschäften, die juris civ. und juris gentium sind, System III. § 113.

Was die Belege aus den Quellen anlangt, so können solche nur in soweit erbracht werden, als die Römer zur Zeit der justin. Compilation die Stellvertretung zuließen.

Bei Besitzerwerb ist die Stellvertretung anerkannt, daher auch Besitzerwerb durch Ratihabition.

Paul. sent. rec. V. 2, 2.

„Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest, sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur."

l. 42 § 1 de acquir. vel ammitt. 41, 2. (Ulpianus):

„Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem, quod si sua sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emtionem."

Da der Eigenthumserwerb dem Besitzerwerb analog behandelt wird, l. 20 D. de acqu. rer. dom. 41, 1: „quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium", so muß hier dasselbe gelten, wie für den Besitz.

Eine Stellvertretung ist im R. R. anerkannt, insofern der Mandant, der durch den Mandatar ein indebitum zahlen läßt, selbst die condictio indebiti erhält.

l. 6 § ult. l. 57. D. de cond. ind. 12, 6.

l. 18 de cond. furt. D. 13, 1.

l. 80 § 7 de furt. D. 47, 2.

Daher erhält im Falle nachfolgender Genehmigung eines von einem Gestor gezahlten indebitum der Dominus die condictio indebiti.

l. 6 C. de cond. ind. 4, 5.

Eine Stellvertretung ist bei der Zahlung anerkannt, insofern an einen Mandatar des Gläubigers mit Wirkung der Schuldtilgung gezahlt werden kann.

Daher hat auch die Ratihabition solcher Zahlung diese Wirkung.

l. 12 pr. u. § 4 D. de solut. 46, 3.

l. 12 C. de sol. 8, 43.

l. 24 D. de neg. gest. 3, 5.

l. 58 pr. § 2 D. de solut. 46, 3.

Stellvertretung ist zulässig bei der agnitio der bon. possessio, daher auch die Ratihabition die Wirkung hat, daß die b. p. dem Dominus erworben wird.

l. 66 § 1 D. ad SC. Treb. 36, 1.

Im Falle der Mandatar Geschäfte besorgt, geben die Römer eine quasi institoria actio gegen den Auftraggeber.

Dieselbe Klage geben sie auch im Falle der Genehmigung.

l. 66 § 3 D. de evict. 21, 2.

l. 7 § 1 Cod. quod cum eo 4, 26.

Für die sonstigen Rechtsgeschäfte, insbesondere für den direkten Erwerb von Forderungen und Verbindlichkeiten durch Genehmigung, muß der bereits mehrfach citirte Satz genügen: Ratihabitio mandato comparatur.

II. Wenn der Gestor im eigenen Namen das Rechtsgeschäft vollzog.[3])

Wenn der Mandatar im eigenen Namen, als sog. stiller Stellvertreter oder Ersatzmann, handelt, so erzeugt er nicht die Wirkung, daß der Geschäftsherr bez. Mandant direkt berechtigt oder verpflichtet wird.

Die Nachweise hiefür hat Jhering bereits so vollständig erbracht, daß dieser Satz als feststehend angenommen werden kann[4]).

Die Folge davon ist, daß auch die Genehmigung in diesen Fällen nicht die Wirkung haben kann, eine direkte Berechtigung oder Verpflichtung zu erzeugen. Hiedurch wird nicht gehindert, daß der Dominus zum Gestor in die Stellung des Mandanten tritt; denn auch der Mandant ist nicht nothwendig Stellvertreter.

Wenn daher Bonifacius VIII in c. 10 in VIto de regul. jur. 5, 13 die Regel aufstellt: „Ratum quis habere non potest, quod ipsius nomine non est gestum", so ist dies nicht anders zu verstehen, als daß durch die Genehmigung eines nicht auf den Namen des Dominus gestellten Geschäftes ein direktes Rechtsverhältniß zu Dritten nicht erzeugt wird.

Daß auf dem Wege der Uebertragung des Besitzes bez. Eigenthums, der Cession von Forderungsrechten und der Uebernahme von Verbindlichkeiten von dem Gestor an den Dominus ein direktes Rechtsverhältniß zwischen Dominus und Dritten hervorgerufen werden kann, ist selbstverständlich; dies ist aber keine Folge der Genehmigung, sondern des betr. Uebertragungsaktes.

Eine Wirkung der Genehmigung auf das Verhältniß zwischen Dominus und dem Dritten wäre jedoch unter einer Voraussetzung möglich:

Wenn man nämlich annimmt, daß die im vorigen § erwähnte, auf l. 7 § 1 Cod. cit. gestützte Klage des Dritten gegen den Dominus auch in dem Falle zuständig ist, wenn der Gestor nicht im fremden, sondern

---

3) Jhering a. a. O. I. S. 312 ff.

4) A. a. O. S. 324 ff. für Besitz und Eigenthum S. 328—335, für obligatorische Rechtsgeschäfte S. 335—340.

im eigenen Namen handelte [5]), — wenn man ferner jene Klage als eine auf fingirter Cession beruhende actio neg. gest. contraria utilis betrachtet; so wird man consequenter Weise zugeben müssen, daß, weil der Umfang der actio neg. gest. contraria durch die Genehmigung in den meisten Fällen erweitert wird, auch die dem Dritten zustehende Klage eine Erweiterung durch die Genehmigung erfährt. Diese Consequenzen sind jedoch dann nicht nöthig, wenn man entweder die Zuständigkeit dieser Klage für den Fall des Handelns im eigenen Namen, oder deren rechtliche Natur als utilis neg. gest. contr. leugnet. Eine Untersuchung über diese Vorfragen aber kann hier nicht gegeben werden.

Anhang zu § 12.

Aus den neueren deutschen Gesetzgebungen ist bezüglich der Wirkung der Genehmigung auf das Verhältniß zwischen Dominus und dem Dritten Folgendes zu entnehmen:

I. Preuß. Landrecht.

Th. I. Tit. V.

§ 87. Soweit Personen auf den Grund einer wirklich aufgetragenen oder einer zu vermuthenden Vollmacht die Geschäfte eines Andern zu besorgen berechtigt sind, soweit können sie auch Anträge in seinem Namen annehmen.

§ 88. Außer diesem Fall erlangt durch die Annahme eines Dritten derjenige, welchem das Versprechen geschehen ist, in der Regel noch kein Recht.

§ 89. Ist aber durch die erklärte Annahme ein wirklicher Vertrag zwischen dem Versprechenden und dem Annehmenden zu Gunsten Dritter geschlossen worden, so finden die Grundsätze von § 74 bis 77 Anwendung.

In § 75 aber wird festgesetzt, daß der Dritte aus einem zwischen zwei Parteien abgeschlossenen Vertrage erst dann ein Recht erwirbt, wenn er demselben beigetreten ist. Diese Regel, welche in § 75 nicht für die unbeauftragte Geschäftsführung, sondern für Verträge zu Gunsten dritter Personen gegeben ist, auf die in § 87 besprochene stellvertretungsweise vorgenommene Geschäftsführung angewendet, ergibt den Satz, daß erst durch Genehmigung Forderungsrechte erworben werden können.

---

[5]) Gegen diese Annahme Ihering a. a. O. I. S. 339. Windscheid Pand. II. § 483 A. 5.

Theil I. Tit. XIII.

§ 142. Auch Handlungen, welche der Bevollmächtigte gegen die Vorschrift des Vollmachtgebers vollzogen hat, werden durch des letzteren nachher erfolgte Genehmigung gültig.

§ 143. Auch durch nachherige Handlungen des Vollmachtgebers kann eine solche Genehmigung erklärt werden.

Die Sätze beziehen sich natürlich auch auf den nicht beauftragten Geschäftsführer. S. a. Koch Lehrb. I. S. 265.

II. Das österreich. bürgerl. Gesetzbuch enthält nur den im Anhang zu § 4—10 bereits citirten Satz. Derselbe will offenbar auch die Möglichkeit direkter Berechtigung und Verpflichtung gegenüber Dritten statuiren.

III. Der ältere sächsische Entwurf enthält nur in § 127 folgende Bestimmung: „Ergreift Jemand ohne Auftrag für einen Andern Besitz, so erwirbt letzterer erst von der Zeit der Genehmigung an Besitz."

Besitzerwerb durch Genehmigung ist also anerkannt.

IV. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich.

Nachdem § 949 das Princip der freien Vertretbarkeit durch einen Bevollmächtigten aufgestellt, heißt es in

§ 950. „Wenn Jemand ohne Ermächtigung zu Gunsten eines Dritten eine Forderung begründen will, so erwirbt dieser die Forderung nur, insoferne jener als Geschäftsführer desselben gehandelt, und dieser die Geschäftsführung gutgeheißen hat, oder wenn ihm die zunächst jenem selbst erworbene Forderung übertragen worden ist.

§ 952. Ohne Ermächtigung kann Niemand einen Andern dadurch verpflichten, daß er für denselben eine Schuld contrahirt. Wenn indessen hinterher der so unzureichend Vertretene das in seinem Namen gemachte Versprechen gutheißt, so gilt dasselbe, als wenn er zum Abschluß des Geschäftes den Vertreter bevollmächtigt hatte.

§ 953. Ist aber Jemand durch das Rechtsgeschäft, welches ein Anderer, ohne ermächtigt zu sein, für ihn abgeschlossen hat, bereichert worden, so haftet er dem Dritten insoweit, als der ihm zugekommene Vermögensvortheil reicht."

Aus § 951 cit. geht hervor, daß durch Genehmigung nur dann ein direktes Verhältniß zu dritten Personen erzeugt werden kann, wenn das Geschäft auf den Namen des Dominus gestellt ist.

Die in § 953 gegebene Klage ist keine andere als die durch l. 7 Cod. quod cum eo gewährte.

V. Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

§ 788. „Willenserklärungen eines Stellvertreters, welcher sich als solcher zu erkennen gegeben hat, gelten, sofern er innerhalb der Grenzen seiner Befugniß handelt, so, als ob sie von dem Vertretenen abgegeben wären.

Ebenso gelten Willenserklärungen, welche dem Stellvertreter als solchem gegenüber abgegeben sind, so, als ob sie dem Vertretenen selbst gegenüber abgegeben worden wären. Aus Verträgen, welche durch solche Willenserklärungen geschlossen werden, entstehen unmittelbare Forderungen zwischen dem Vertretenen und demjenigen, mit welchem der Stellvertreter den Vertrag geschlossen hat. Form und Inhalt des von dem Stellvertreter geschlossenen Vertrags sind nach der Person des Vertretenen zu beurtheilen.

§ 789. Hat derjenige, welcher als Stellvertreter den Vertrag geschlossen hat, die vorgegebene Eigenschaft eines Stellvertreters nicht gehabt, oder seine Befugnisse als solcher überschritten, und wird der Vertrag nicht noch von dem durch ihn Vertretenen später genehmigt, so haftet der Stellvertreter dem Andern, mit welchem er den Vertrag geschlossen hat, nach der Wahl des letzteren entweder so, als ob er den Vertrag für seine Person geschlossen hätte, oder für Schadensersatz."

Aus letzterem § kann man per arg. a contr. die Gleichstellung der Genehmigung mit dem Mandate folgern, wenigstens für das Verhältniß zu dritten Personen.

VI. Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. f. d. Königr. Bayern.

Art. 752. „Hat der Geschäftsherr das vom Geschäftsführer mit einem Dritten abgeschlossene Geschäft genehmigt, so kann er hieraus gleich einem Vollmachtgeber gegen diesen Dritten klagen und von ihm belangt werden."

VII. Entwurf eines f. die deutschen Bundesstaaten gem. Gesetzes über Schuldverhältnisse.

Art. 80. „Verträge können, sowie das Gesetz oder die Natur des Vertrages zuläßt, durch freigewählte Stellvertreter geschlossen werden ꝛc.

Art. 81. Willenserklärungen eines Stellvertreters, welcher sich als solcher zu erkennen gegeben hat, gelten, sofern er innerhalb der Grenzen seiner Befugniß gehandelt hat, so, als ob sie von dem Vertretenen abgegeben worden wären. Ebenso gelten Willenserklärungen, welche von einem Andern dem Stellvertreter als solchem gegenüber abgegeben worden sind, so, als ob sie dem Vertretenen

gegenüber abgegeben worden wären. Aus einem Vertrage, welcher durch solche Willenserklärungen geschlossen wird, entsteht ein unmittelbares Schuldverhältniß zwischen dem Vertretenen und den anderen Vertragschließenden. (Man vgl. den fast gleichlautenden § 788 des sächs. Gesetzb.)

§ 85. Hat derjenige, welcher als Stellvertreter auf den Namen eines andern den Vertrag geschlossen hat, die Eigenschaft eines Stellvertreters nicht gehabt oder gegen seine Befugniß oder mit Ueberschreitung derselben gehandelt, so wird der Vertretene nur im Falle der Genehmigung des Vertrags, in diesem Falle aber so verpflichtet, als ob er selbst den Vertrag dem andern Vertragschließenden gegenüber geschlossen hätte.

Die Genehmigung ist als stillschweigend geschehen anzunehmen, wenn der Vertretene den aus dem Vertrage entstandenen Vortheil sich aneignet oder die aus demselben entsprungenen Verbindlichkeiten, wenn auch nur theilweise, erfüllt hat.

Die Genehmigung ist als stillschweigend versagt anzunehmen, wenn der Vertreter schweigt, nachdem er Kenntniß von dem Vertrage erlangt hat, und in der Lage war, seine Erklärung abzugeben." —

§ 13.

Hat die Genehmigung rückwirkende Kraft? Fiktion der Rückwirkung. Praktische Bedeutung. Einschränkungen.

Der Genehmigende eignet sich das zeitlich vor ihm liegende Geschäft des Geschäftsführers auch seinen Zeitverhältnissen nach an. Liegt eine Geschäftsführung vor, der von vornherein die Wirkung, eine Stellvertretung erzeugen zu können, abgeht, so verpflichtet sich der Ratihabent durch die Genehmigung lediglich dem Gestor gegenüber, sich so behandeln zu lassen, als ob er von Anfang an mandirt hätte. Liegt eine Geschäftsführung vor, welche ein im Namen des Dominus abgeschlossenes Rechtsgeschäft enthält, so hat die Genehmigung auch dritten Personen gegenüber die Wirkung, daß der Dominus verpflichtet wird, sich so behandeln zu lassen, und berechtigt, so behandelt zu werden, als ob er das Geschäft, welches zeitlich zurückliegt, vor oder bei seiner Ausführung mandirt gehabt hätte.

Daraus ergibt sich, daß der Dominus dem Gestor gegenüber auch auf den hinter der Genehmigung liegenden Zeitraum wie ein Mandant

(bez. Miether) behandelt wird, was übrigens nicht besonders viel zu bedeuten hat, indem der Grad der Haftung des Gestors und des Mandatars sich gleichbleibt.

Wenn aber ein Geschäft im Namen des Dominus vorgenommen ward, so ergeben sich folgende wichtige Consequenzen:

1. Der Umfang des betr. Geschäftes wird beurtheilt nach dem Momente des Abschlusses durch den Gestor, nicht nach dem Momente der Genehmigung. Wenn z. B. G im Namen des D einem Andern ein Pfandrecht an sämmtlichem Grundvermögen des D bestellte, und D genehmigt, nachdem er zwischen jener Pfandbestellung und dem Genehmigungsakte sein Grundvermögen durch bedeutende Ankäufe vermehrt hat, so wird der Umfang des Pfandrechts nach dem Momente der Bestellung durch den Gestor, nicht nach der Zeit der Genehmigung beurtheilt, und die neu erworbenen Grundstücke bleiben frei. Dasselbe gilt, wenn G als Gestor des D für diesen ein Pfandrecht an den Immobilien des X erwarb und X in der Zwischenzeit seinen Grundbesitz erweiterte [1]).

2. Wenn die Geschäftsführung, welche im Ganzen genehmigt wird, in mehrere zeitlich verschiedene Akte zerfällt, so werden diese unter sich so beurtheilt, als wenn der Genehmigende sie in der vom Gestor beliebten Reihenfolge vorgenommen hätte. Z. B. G hat im Namen des D dieselbe Forderung des D erst dem X, dann dem Y cedirt, und D genehmigt die beiden Akte. Dann geht das Recht des früheren Cessionars dem späteren vor. Dasselbe gilt für mehrere vom Gestor bestellte Pfandrechte. Derjenige, dem der Gestor zuerst verpfändete, geht dem späteren Pfandnehmer vor [2]).

3. Wenn es sich um Zinsen oder Fruchtbezug aus dem vom Gestor geschlossenen Geschäfte handelt, so beginnt Zinsen- und Fruchtbezugs-Berechtigung, wie die Verpflichtung, Zinsen zu zahlen und einem Andern den Fruchtbezug zu überlassen, schon mit dem Abschluß des betr. Geschäftes durch den Gestor. Z. B. wenn G im Namen des D ein Grundstück kauft und tradirt erhält, und D genehmigt, so ist er zur Zinsenzahlung aus dem Kaufpreis verpflichtet und der Verkäufer zu deren Bezug berechtigt vom Momente der Uebergabe an den Gestor an. Das Gleiche gilt von der Verzinsung eines Darlehens. Oder wenn G im Namen

---

[1]) Vgl. hier Dernburg Pfandrecht I. § 27.

[2]) Vgl. Dernburg a. a. O.

des D ein fruchttragendes Objekt kauft, und D genehmigt, so ist er vom Momente des Kaufabschlusses, also auch für die Zeit vor der Genehmigung, fruchtbezugberechtigt.

Alle diese Wirkungen kann man wohl mit dem Begriffe der Rückwirkung bezeichnen und insofern ist nichts dagegen einzuwenden, wenn man der Genehmigung rückwirkende Kraft zuschreibt.

Diese Fiktion, daß das genehmigte Geschäft zum Zeitpunkte der Vornahme ein mandirtes gewesen sei, erleidet jedoch folgende Einschränkungen:

1. Es können durch dieselbe erworbene Rechte dritter Personen nicht beeinträchtigt werden. Wenn also z. B. G ein Pfandrecht am Grundstücke des D bestellte, und D genehmigt, so kann durch diese Genehmigung einem in der Zwischenzeit zwischen jenem Akte des Gestor und der Genehmigung seitens des Dominus bestellten Pfandrechte die Priorität nicht entzogen werden. Das durch den Gestor bestellte Pfandrecht geht dem anderen nach.

2. Durch die Fiktion der Rückziehung kann der Genehmigende irgend welchen Fristenlauf weder verlängern noch verkürzen. Hiemit steht die bereits oben § 6 besprochene Regel im Zusammenhang, daß der Dominus zur Vornahme des betr. vom Gestor in seinem Namen vollzogenen Geschäftes noch im Zeitpunkte der Genehmigung fähig sein muß. Würde es gestattet sein, durch die Fiktion der Rückziehung einen Fristenlauf zu verlängern, so müßte die Genehmigung auch dann zulässig sein, wenn der Dominus durch Zeitablauf in die Lage gekommen ist, das betr. Geschäft nicht mehr vornehmen zu können. In diesem Fall ist jedoch die Genehmigung nicht mehr zulässig, wie bereits oben aus den Quellen bewiesen ward.

l. 24 D. rat. rem. 46, 8.

l. 25 pr. D. eod.

Wir gewinnen daher den Rückschluß darauf, daß ein Fristenlauf durch Fiktion der Rückziehung nicht verlängert werden kann. Z. B. A hat dem B 1000 versprochen unter der Bedingung, daß er binnen Jahresfrist seinem, des B, Schuldner eine Schuld nachlasse; G schließt im Namen des B, aber ohne dessen Vollmacht, mit dem Schuldner noch vor Ablauf der Jahresfrist einen Nachlaßvertrag. B genehmigt nach Ablauf des Jahres. Der Nachlaßvertrag besteht zu Recht und hat die Wirkung der Schuldbefreiung. Aber auf die von A versprochenen 1000 hat B keinen Anspruch; denn die Fiktion der Rückziehung kann den Fristenlauf nicht verlängern und abgesehen von der Fiktion fällt eben der Schulderlaß eigentlich in das Genehmigungsmoment, d. i. nach Ablauf der Frist.

Die bereits o. S. 32, 33 erwähnten in den cit. Stellen enthaltenen Beispiele gehören auch hierher. Weil die Fiktion der Rückwirkung den Lauf der 100tägigen Frist für Antritt der bonorum possessio nicht verlängern kann, kann die nach Ablauf der Frist ertheilte Genehmigung den Erwerb des Erbrechts nicht mehr bewirken. Weil die Fiktion nicht die Verjährungsfrist verlängern kann, ist für den Schuldner, dessen Zahlung an einen Gestor erst nach Ablauf der Verjährung genehmigt wird, die condictio begründet.

Wenn die Fiktion der Rückwirkung einen Fristenlauf nicht verlängern kann, so sind wir auf dem Wege der Analogie zu dem Schlusse berechtigt, daß sie solchen auch nicht zu verkürzen vermag.

Daher beginnt die Verjährung der Klagen zwischen dem Gestor und dem Dominus, soweit solche nicht schon vor der Genehmigung bestanden haben, und die Verjährung der zwischen Dominus und dem Dritten durch die Genehmigung entstehenden Klagen erst mit dem Genehmigungsakte, nicht mit der Geschäftsführung selbst. Die Klage aus der Geschäftsführung gegen den Gestor und seine Klage gegen den Dominus, welche aus der Genehmigung entstanden, verjährt also in 30 Jahren von der Genehmigung an gerechnet.

Die Zeit der Verjährung der zwischen Dominus und dem Dritten entstandenen Klagen ist je nach der Verschiedenheit des Rechtsgeschäftes verschieden.

Im Falle kurzer Verjährungsfristen ist die Nothwendigkeit, die Verjährung erst vom Genehmigungsmoment an beginnen zu lassen, auch aus praktischen Gründen einleuchtend. Z. B. G hat im Namen des D (als Verkäufer) mit X einen Kaufvertrag geschlossen, welcher mit der actio redhibitoria anfechtbar ist. Besonderer Verhältnisse wegen erscheint die 6 Monate nach Abschluß jenes Vertrags erfolgende Genehmigung nicht als verspätet. Jetzt muß doch X noch die redhibitoria anstellen können. Denn in der Zwischenzeit könnte er weder den G belangen, der im fremden Namen contrahirte, noch den D, welcher vor der Genehmigung jenem Vertrage noch völlig fremd stand. Die Verjährung der Klage kann sonach nicht vom Abschluß des Vertrages beginnen, sonst wäre die Klage zur Genehmigungszeit verjährt. Das Gleiche gilt für die redhibitoria actio, die dem D als Käufer zustände.

Aus gleichen Gründen fällt der Beginn der Usucapionszeit für den D, welcher eine von G in seinem Namen vorgenommene Besitzergreifung genehmigt, erst auf das Genehmigungsmoment, nicht auf jenen Zeitpunkt, in welchem der Gestor den Besitz des Gegenstandes Namens des Dominus erworben hat. In der Datirung des Usucapionsbesitzes von diesem letz-

teren Zeitpunkt an würde eine Verkürzung der Usucapionszeit liegen, welche die Fiktion der Rückziehung nicht bewirken kann.

Uebrigens ergibt sich auch auf anderem Wege die Unmöglichkeit, die Usucapion von dem Moment der Besitzergreifung durch den Gestor beginnen zu lassen. Bei Besitzergreifung durch einen bevollmächtigten Stellvertreter beginnt nämlich die Usucapion erst dann, wann dem Auftraggeber Kenntniß davon geworden, nicht schon mit der Besitzergreifung durch den Beauftragten, obwohl bei den Römern der Satz anerkannt ist, daß Besitzerwerb durch einen beauftragten Stellvertreter auch ohne specielles Wissen des Auftraggebers für diesen möglich ist.

l. 49 § 2 D. de acqu. vel amm. poss. 41, 2.
l. 47 D. de usurpat. 41, 3.
l. 1 Cod. de acqu. vel retinenda poss. 7, 32.

Da nun der Ratihabent nicht günstiger gestellt sein kann, als der Mandant, so kann auch bei ersterem die Usucapion nicht schon mit dem ohne sein Wissen statthabenden Ergreifen des Gestor beginnen.

3. Die Fiktion der Rückdatirung vermag nicht, das genehmigte Geschäft der Herrschaft des zur Zeit der Genehmigung geltenden Gesetzes zu entziehen. Die Giltigkeit des vom Gestor im Namen des Dominus abgeschlossenen Geschäftes wird also nach den zur Zeit der Genehmigung geltenden Gesetzen, nicht nach jenen Gesetzen beurtheilt, welche zur Zeit der Geschäftsausführung durch den Gestor bestanden haben.

Z. B. In Bayern ward durch das Notariatsgesetz vom 10. November 1861, dessen Geltung mit dem 1. Juli 1862 begann, das Princip eingeführt, daß alle Verträge über Liegenschaften zu ihrer Giltigkeit der Verlautbarung vor einem Notar bedürfen. G hat im Namen des D, ohne dessen Auftrag am 15. Juni 1862 mit X einen Kaufvertrag über Liegenschaften geschlossen. Wenn D nach dem 1. Juli 1862 genehmigt, so hat diese Genehmigung nicht die Wirkung, den vom Gestor nicht verlautbarten Kaufvertrag mit X nunmehr als giltig erscheinen zu lassen. Denn abgesehen von der Fiktion fällt der Eigenthumserwerb seitens des D, wenn dieser Käufer ist, oder seitens des X, wenn D als Verkäufer behandelt ward, in die Zeit der Herrschaft des Gesetzes vom 10. November 1862. Durch die Fiktion kann das Geschäft diesem Gesetze nicht entzogen werden.

Oder es würde durch ein Gesetz einer bestimmten Klasse von Personen der Erwerb von Liegenschaften untersagt. Wenngleich der Gestor im Namen einer zu dieser Klasse gehörigen Person vor dem Inslebentreten jenes Gesetzes bereits ein Eigenthumserwerb bezielendes Geschäft

vorgenommen, so kann doch der Dominus durch eine nach der Giltigkeit des Gesetzes fallende Genehmigung nicht mehr für sich Eigenthum erwerben.

Oder G führte im Namen des D gegen X einen Proceß auf Anerkennung der Vaterschaft, als dessen unbeauftragter Geschäftsführer. Er gewinnt den Proceß. Ein Gesetz erklärt die Klage auf Anerkennung der Vaterschaft z. B. vom 1. Januar 1808 an für ungiltig. Nach der Erlassung dieses Gesetzes kann D durch Ratihabition sich nicht mehr die Resultate jenes Processes aneignen.

Umgekehrt kann die Genehmigung ein Geschäft giltig erscheinen lassen, welches den zur Zeit der Genehmigung bestehenden Gesetzen genügt, obwohl es nach den Gesetzen, die zur Zeit der Geschäftsausführung bestanden, keine Geltung hatte.

So würde in dem Falle, wo ein Gesetz bestehende Formvorschriften für Verträge über Liegenschaften aufhebt, der vor Geltung des neuen Gesetzes vom Gestor Namens des Dominus geschlossene Vertrag, welcher den früheren Formvorschriften nicht genügte, bei einer nach der Einführung des neuen Gesetzes geschehenen Genehmigung für giltig zu erachten sein.

Oder wenn ein Gesetz Beschränkungen der Erwerbsfähigkeit gewisser Personen aufhebt, und die Geschäftsführung, welche einen derartigen Erwerb bezweckenden Akt des Gestor enthielt, fällt vor, die Genehmigung aber nach Erlassung des Gesetzes, so hat die Genehmigung volle Wirkung, der Dominus erwirbt Eigenthum und wird auch dem Dritten gegenüber so behandelt, als habe er schon z. Z. der Uebertragung an den Gestor solches erworben.

Was den Beweis der vorstehenden Regel betrifft, so ergibt sich derselbe aus dem bereits sub Ziff. 2 besprochenen Satze, daß der Genehmigende z. Z. der Genehmigung fähig sein muß, die zu ratihabirende Handlung vorzunehmen. Wenn für die Beurtheilung der subjektiven Erfordernisse der Giltigkeit des zu ratihabirenden Geschäftes der Zeitpunkt der Genehmigung maßgebend ist, so folgt daraus, daß wir auch die objektiven Erfordernisse der Giltigkeit jenes Geschäftes von keinem andern Gesichtspunkt aus beurtheilen dürfen. Eine unvermeidliche Consequenz ist es dann, wenn man die für den Fall eines zwischen Geschäftsführung und Genehmigung eingeführten erschwerenden Gesetzes sich ergebende Regel auch auf den Fall des erleichternden Gesetzes anwendet.

Die sub 1 mit 3 dargestellten Sätze enthalten keine Ausnahmen von der rückziehenden Kraft der Genehmigung, sondern nur Beschränkungen dieser Kraft nach einzelnen Richtungen.

Eine wirkliche Ausnahme von der rückziehenden Kraft der Genehmigung wollte man aber dann statuiren, wenn eine durch den Gestor Namens des Dominus vorgenommene Besitzergreifung genehmigt wird. Diese Besitzergreifung soll nicht zurückdatirt werden[3]); und zwar stützt man diese Behauptung auf

l. 42 § 1 D. de acquir. vel amm. poss. 41, 2 (Ulpianus):

„Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem, quod si sua sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emtionem.“

Paul. R. S. V. 2. 2.:

„Per liberas personas, quae in nostra potestate non sunt, adquiri nobis nihil potest; sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter, quam si rata sit, quaeritur.“

M. E. ruht die Statuirung dieser Ausnahme lediglich auf einer irrthümlichen Vorstellung von der Wirkung dieser Fiktion. Allerdings wird für den Dominus erst durch die Genehmigung der besitzergreifenden Thätigkeit seines unbeauftragten Procurators Besitz erworben; allein, wenn man aus diesem Satze die Unmöglichkeit der Rückziehung dieser Genehmigung folgern könnte, so müßte man aus dem gleichfalls unbestreitbaren Satz, daß vor Genehmigung des Dominus weder eine Berechtigung noch eine Verpflichtung desselben Dritten gegenüber besteht, daß folglich Berechtigung und Verpflichtung erst mit der Genehmigung entstehen, zu der Folgerung gelangen, daß auch bei obligatorischen Geschäften des Gestor Rückziehung der Genehmigung nicht stattfände. Diese Folgerung ist aber in dem einen wie dem andern Falle eine unrichtige. Denn die Fiktion der Rückziehung will weder die obligatorische Berechtigung oder Verpflichtung, noch den Besitz des Genehmigenden in einem früheren Zeitmoment als dem der Genehmigung entstehen lassen, sondern sie will lediglich bedeuten, daß der Genehmigende für eine Zeit, wo er nicht berechtigt bez. verpflichtet war, so behandelt wird, als ob er berechtigt und verpflichtet gewesen wäre, und für eine Zeit, wo er nicht besessen hat, so, als ob er Besitz gehabt hätte. Warum diese Behandlung des Genehmigenden allein beim Besitzerwerb nicht statthaft sein soll, ist nicht abzusehen. Insbesondere läßt sich ein Argument aus der Natur des Besitzes, als eines blos faktischen Zustandes, nicht gewinnen[4]); denn

---

[3]) Vgl. Savigny R. des Besitzes. 6. Auflage. S. 365 ff. Agricola pag. 44 u. A.

[4]) Darauf deutet der bei Savigny a. W. S. 365 N. 2 enthaltene Satz: „Ein Zurückrechnen, welches hier bei eigentlich juristischen Handlungen stattfindet, gilt bei dem

warum sollte das Recht nicht auch einen solchen in seinen Wirkungen annehmen können, so gut wie ein Rechtsbestand? Ueberdies sind die Fälle der Besitzesfiktion auch abgesehen von der Genehmigung nicht selten,

(vgl. l. 13 § 12 D. de her. pet. 5, 3, l. 131 D. de reg. jur. 50, 17, l. 157 § 1 D. eod.,)

so daß wir uns vor einer solchen gewiß nicht zu scheuen brauchen. Es ist sonach nicht nöthig, für die Genehmigung der Besitzergreifung eine Ausnahme zu machen von der allgemeinen Regel der Wirkung der Genehmigung [5])

In Justinians Gesetzbuch sind mehrere Aussprüche enthalten, welche in allgemeinen Ausdrücken einer jeden Ratihabition rückwirkende Kraft zusprechen.

l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5, 16.

l. 7 pr. C. ad S. C. Maced. 4, 28.

In diesen weiter unten des Näheren zu besprechenden Stellen sind Fälle der Bestätigung, nicht der Genehmigung einer Geschäftsführung, entschieden, und an diese Entscheidungen dann allgemein gehaltene Aussprüche des bezeichneten Inhalts angeknüpft.

„Sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt.“

„. . . quum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahitur.“

Das canonische Recht stellt gleichfalls in l. 10 in VI^to de reg. jur. 5, 13 die Regel auf: „Ratihabitionem retrotrahi et mandato non est dubio comparari.“

Diese Sätze stehen auf keinen Fall im Widerspruch mit der Annahme einer Rückwirkung der Genehmigung. Dieselben könnten jedoch Veranlassung geben, die Richtigkeit der von uns entwickelten Beschränkungen der rückziehenden Kraft zu bezweifeln. Allein diese Beschränkungen sind, wie wir bereits gesehen haben, so absolut nothwendig, wenn nicht der Grundsatz der Rückziehung mit anderweitigen Rechtsgrundsätzen in Colli-

---

Besitz natürlich nicht.“ Mit Recht hat Gregory S. 244 diesem Satze entgegengehalten, daß wenn auch nicht der Besitz, so doch der Besitzerwerb „eine eigentlich juristische Handlung“ sei.

5) Zu diesem Resultate gelangt Gregory S. 245, 246 auf dem freilich sehr bequemen Wege einer petitio principii, indem er folgendermaßen argumentirt: Jede Genehmigung hat rückwirkende Kraft, sonst wäre sie keine Genehmigung. Die Quellen anerkennen eine Genehmigung der Besitzergreifung. Folglich hat diese auch rückwirkende Kraft. Leider, daß gerade der Ausgangssatz den eigentlichen Gegenstand des Streites bildet!

sion kommen soll, daß wir gewiß annehmen dürfen, Justinian habe dieselben nicht negiren wollen. Und zwar ist diese Annahme um so mehr gerechtfertigt, als die beiden Codexstellen keine Fälle vor Augen haben, in welchen eine jener Beschränkungen einzutreten hätte. Daß die von Bonifacius VIII. aufgestellte Regel nichts anderes als die Gleichstellung der Genehmigung mit dem Mandat durch das „retrotrahi“ ausdrücken will, ist ohnehin aus dem zweiten Theile dieser Stelle ersichtlich.

§ 14.

Einwirkung der Genehmigung auf das Rechtsverhältniß des Gestor zu dritten Personen.

A. Hat der Gestor das Rechtsgeschäft auf den eigenen Namen gestellt, so ist er allein den dritten Personen gegenüber berechtigt und verpflichtet. Die Genehmigung hat auf dieses Verhältniß keine Einwirkung.

B. Hat der Gestor das Rechtsgeschäft auf den Namen des Dominus gestellt, dann sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Entweder hat der Gestor dem dritten Contrahenten gesagt, daß er keinen Auftrag hat, jedoch die Genehmigung zu erhalten hoffe. Dann ist der Gestor nicht selbst verpflichtet bez. berechtigt, das betr. Geschäft auf sich zu nehmen, sondern nur verpflichtet, so viel an ihm liegt, für die Ertheilung der Genehmigung zu sorgen. Wird solche nicht ertheilt, so ist der Gestor nicht weiter haftbar, denn der Dritte, der trotz seines Wissens vom Mangel des Auftrags, dennoch mit dem Gestor contrahirte, kann nicht verlangen, daß der Gestor für Ertheilung der Genehmigung haftbar werde. Wird die Genehmigung ertheilt, dann existirt ohnehin keine Berechtigung bez. Verbindlichkeit des Gestor.

2. Hat der Gestor sich dem dritten Contrahenten gegenüber fälschlich als einen Beauftragten hingestellt, so hat er eine lügnerische Angabe gemacht und darin liegt ein Dolus gegen den Dritten. Wird die Genehmigung ertheilt, so hat allerdings der Dritte kein denkbares Interesse, diesen Dolus geltend zu machen. Denn er ist durch denselben nicht geschädigt. Wird aber die Genehmigung nicht ertheilt, dann haftet der Gestor dem Dritten jedenfalls für das ganze Interesse, das dieser daran hatte, mit dem Dominus das Geschäft abzuschließen und der Grund dieser Haftung ist sein Dolus. Das Interesse des dritten Contrahenten kann unter Umständen dadurch gewahrt sein, daß der Contrahent sich bereit erklärt, das betr. Geschäft selbst zu übernehmen. Diese Befugniß

ist nicht die Folge eines subsidiär auf den Gerenten gerichteten Vertragswillens — denn eine solche subsidiäre Richtung des Willens existirt einfach nicht[1]); sondern eine Folge des Satzes, daß der dritte Contrahent nicht mehr als sein Interesse fordern kann. Daraus, daß die Dolusklage auf nichts anderes als das Interesse geht, folgt auch, daß sie nicht auf Selbstübernahme des Geschäftes durch den Gestor gerichtet sein kann.

Im römischen Recht kann von diesen Befugnissen des Gerenten nicht die Rede sein, weil ja ohnehin der Gerent der eigentliche Contrahent war.

In neueren Gesetzgebungen ist ein Recht des Contrahenten, den Gerenten als Selbstcontrahenten in Anspruch zu nehmen, mehrfach anerkannt.

Anhang.

Vgl. A. d. H.=G.=B. Art. 55.

Bürgerl. Ges.=B. f. d. Königreich Sachsen. 1863. § 789. (S. o. S. 68.)

„Hat Derjenige, welcher als Stellvertreter den Vertrag geschlossen hat, die Eigenschaft eines Stellvertreters nicht gehabt, oder seine Befugniß als solcher überschritten, und wird der Vertrag nicht noch von dem durch ihn Vertretenen später genehmigt, so haftet der Stellvertreter dem Andern, mit welchem er den Vertrag geschlossen hat, nach der Wahl des Letzteren, entweder so, als ob er den Vertrag für seine Person geschlossen hätte, oder für Schadensersatz."

Entw. eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse. I. Theil. (Nach den in der ersten Lesung gefaßten Beschlüssen (1864)). Art 85. 86.

Art. 85. „Hat derjenige, welcher als Stellvertreter auf den Namen eines Andern den Vertrag geschlossen hat, die Eigenschaft eines Stellvertreters nicht gehabt oder gegen seine Befugniß oder mit Ueberschreitung derselben gehandelt, so wird der Vertretene nur im Falle der Genehmigung des Vertrags, in diesem Falle aber so verpflichtet, als ob er selbst den Vertrag dem andern Vertragschließenden gegenüber geschlossen hätte ꝛc. ꝛc."

Art. 86. „Wird in dem Falle des Art. 85 der Vertrag von dem Vertretenen nicht genehmigt, so haftet der Stellvertreter dem andern Vertragschließenden, wenn dieser die Eigenschaft des Stellvertreters

---

[1]) Vgl. Buchka S. 238, welcher diesen subsidiären Willen annimmt. Dagg. Brinz Krit. Bl. II. S. 39.

als solchen, oder dessen Befugnisse nicht gekannt hat, nach der Wahl des andern Vertragschließenden, entweder so, als wenn er den Vertrag für seine Person geschlossen hätte, oder für Schadensersatz. War aber dem anderen Vertragschließenden der Mangel oder der Umfang der Ermächtigung des Stellvertreters bekannt, so ist der Vertrag nichtig, ausgenommen wenn der Stellvertreter die Genehmigung des Vertrags von Seiten des Vertretenen beizubringen versprochen hat, welchen Falls der andere Vertragschließende die Beibringung der Genehmigung, und wenn diese nicht beigebracht wird, Schadensersatz zu fordern berechtigt ist."

§ 15.

Theilweise Genehmigung.

Literatur:

Reitz a. W. c. II. § 4 S. 16 ff.
Busse a. W. c. II. § 4 S. 34 ff.
Agricola a. W. S. 32 ff.
Beckhaus § 7 S. 37 ff.
Griesinger S. 47—50.
Sintenis Pr. C.-R. I. § 18 A. 42. II. § 84 A. 37.
Heimbach in Weiskes Rechtslexikon IX. Bd. S. 455 ff.

Ein Gestor kann mehrere verschiedene Geschäfte besorgen, welche unter sich nicht den mindesten Zusammenhang haben. Z. B. G hat mein Haus repariren lassen. Ein Jahr später verkauft er mein Pferd an den X. In solchen Fällen muß es dem Dominus freistehen, das eine Geschäft zu genehmigen, dem andern aber die Genehmigung zu versagen. Denn im Grunde genommen bilden die verschiedenen in keiner Beziehung unter sich zusammenhängenden Geschäfte zwei verschiedene negotiorum gestiones, die nur zufällig von derselben Person ausgehen. Deßwegen ist es auch unrichtig, bei Einräumung dieser Befugniß an den Gestor von dem Rechte einer theilweisen Genehmigung zu sprechen, weil kein Ganzes vorliegt, dessen Theile die einzelnen Geschäfte wären.

Umgekehrt kann es vorkommen, daß eine Reihe von Handlungen, deren jede einzelne ein selbstständiges Rechtsgeschäft darstellt, eine einzige negotiorum gestio bilden. Dies ist sowohl dann der Fall, wenn die einzelnen Geschäfte unter sich in einem derartigen Zusammenhang stehen, daß das eine durch das andere veranlaßt wurde (z. B. Jemand läßt mein Haus repariren, nimmt dann zur Bezahlung der Arbeitsleute Geld auf und bestellt schließlich hiefür ein Pfand an dem Haus), als auch dann, wenn die Absicht des Geschäftsführers die verschiedenen Handlungen

zu einem Ganzen, zu einer Vermögensverwaltung zusammenfaßt (z. B. wenn ich für den abwesenden Freund als Verwalter seines in einem Landgute bestehenden Vermögens auftrete und in dieser fortgesetzten Eigenschaft die verschiedensten Geschäfte für ihn besorge). Hier wäre es eine große Unbilligkeit gegen den Geschäftsführer, wenn man dem Geschäftsherrn gestatten wollte, eine theilweise Genehmigung in der Art vorzunehmen, daß er ein Geschäft genehmige, das andere nicht. Denn darin würde die Befugniß liegen, sich die vortheilhaften Akte auszusuchen und die unvortheilhaften dem Geschäftsführer zurückzuschlagen. Vielmehr hat hier der Geschäftsherr nur die Wahl, das Ganze oder gar Nichts zu genehmigen.

In den Quellen ist der Grundsatz, daß unter Umständen verschiedene von demselben Gestor geführte Geschäfte als ein Ganzes aufzufassen sind, ausgesprochen und zwar in l. 11 D. de neg. gest. 3, 5. Wenn hier auch nicht ausdrücklich von der Genehmigung gehandelt ist, so ist es doch erlaubt, aus dem Ausspruche, daß der Verlust aus dem einen Geschäfte mit dem Gewinn aus dem anderen compensirt werden sollte, den Schluß zu ziehen, daß eine einseitige Aneignung lediglich der gewinnbringenden Geschäfte nicht gestattet, folglich auch eine darauf gerichtete Genehmigung unstatthaft wäre.

Im Vorstehenden haben wir Fälle betrachtet, in welchen mehrere Rechtsgeschäfte Objekt der Gestio waren. Wir gehen zu dem Fall über, wo ein Rechtsgeschäft Gegenstand der Geschäftsführung ist. Auch hier steht soviel fest, daß eine theilweise Genehmigung in der Art, daß einzelne Bestimmungen oder Clauseln des Geschäftes nicht, andere aber genehmigt werden könnten, nicht stattfinden kann. Denn die Hinweglassung einzelner, wenn vielleicht auch untergeordneter Bestimmungen hebt doch die Identität mit dem früheren Geschäfte auf; der Dominus hat aber nur das Recht, das Geschäft in der Gestalt, wie es ihm angetragen wird, anzunehmen oder abzulehnen und weder Gestor noch dritter Contrahent brauchen sich eine einseitige Aenderung gefallen zu lassen. Eine solche unter Ausscheidung einzelner Bestimmungen des Geschäftes vorgenommene Genehmigung ist daher gar keine Genehmigung. Willigt die Gegenpartei bez. der Gestor zu der Abänderung, dann liegt eben nicht eine Genehmigung des vom Gestor geführten, sondern ein neues Geschäft ähnlichen (nicht gleichen) Inhalts vor.

Es fragt sich nur noch, ob eine in Bezug auf das Objekt des Geschäftes theilweise Genehmigung zulässig ist, in der Art, daß ich also z. B. ein von meinem Gestor aufgenommenes Darlehen von 100 auf 50 genehmigen könnte.

In zweiter Linie hängt damit die Frage zusammen, wie es bei mehreren Erben des Dominus in Rücksicht auf die Genehmigung zu halten sei. Indem wir zunächst eine Behandlung der letzteren Frage noch ausgesetzt sein lassen, versuchen wir eine Beantwortung der vorerwähnten.

Eine in Bezug auf das Objekt theilweise Genehmigung ist nur dann denkbar, wenn eine quantitative Theilung des Objektes des Geschäftes stattfinden kann. Von vornherein ausgeschlossen ist daher die theilweise Genehmigung bei solchen Geschäften, deren Gegenstand untheilbar ist; z. B. also bei Servitutenbestellung durch den Gestor, bei Servitutenaufhebung durch denselben, bei Obligationen auf ein untheilbares facere ꝛc.

Es bleiben sonach noch die Geschäfte mit quantitativ theilbaren Gegenständen. Wir unterscheiden zwischen solchen Geschäften, die auf den Namen des Gestor, und solchen, die auf den Namen des Dominus gestellt sind. In dem ersteren Falle tritt bekanntlich der Dominus, gleichviel ob er genehmigt oder nicht, nie in ein direktes Geschäftsverhältniß zu einem dritten Contrahenten. Daraus folgt, daß wir hier für die Beantwortung der Frage über die Statthaftigkeit der theilweisen Genehmigung die Person des Dritten und sein Interesse außer Ansatz zu lassen haben. Ich glaube aber, daß des Gestors eigenes Interesse die Möglichkeit der theilweisen Genehmigung verbietet. Der Gestor kann nämlich durch die theilweise Genehmigung in eine Lage versetzt werden, die für ihn unvortheilhafter ist, als wenn gar keine Genehmigung gegeben worden wäre. Z. B. der Kaufmann A, welcher zufällig hörte, daß sein Geschäftsfreund B Getreide zum Export nach Spanien ankaufen wolle, kauft auf eigene Rechnung, aber in der durch einen Brief an B ausdrücklich erklärten Absicht, stiller Stellvertreter (Commissionär) des B zu sein, eine Schiffsladung Getreide. A hat dabei den Hintergedanken, daß, wenn B nicht genehmige, er selbst das Getreideexportgeschäft machen könne, obwohl es ihm sonstiger Geschäftsverhältnisse wegen nicht gerade gelegen kommt. Könnte B theilweise z. B. auf die Hälfte genehmigen, so wäre die Folge, daß A jetzt dem B die Hälfte des Getreides um den halben Preis ausliefern und die andere Hälfte für sich behalten müßte. Mit der nun verbleibenden halben Schiffsladung kann er nun kein eigenes Schiff nach Spanien schicken, denn die Fracht würde zu viel kosten. Gelegenheit zur Verfrachtung auf einem anderen Schiffe ist nicht gegeben. Am Platze selbst würde er das Getreide nur zu einem geringeren als dem Einkaufspreis losschlagen können. A würde sonach durch die theilweise Genehmigung in eine Lage kommen, die ganz entschieden ungünstiger wäre, als wenn gar nicht genehmigt worden wäre. Es würde daher m. E. dem ganzen Charakter der Geschäftsführung als eines auf Treu und

Glauben (bona fides) beruhenden Verhältnisses widersprechen, die theilweise Genehmigung zuzulassen. Zwar wird nicht in allen Fällen eine Benachtheiligung des Gestor durch eine theilweise Genehmigung so deutlich zu Tage treten, wie in dem gewählten Beispiele. Aber auch wo dies nicht der Fall ist, muß dasselbe gelten. Hiezu führt schon die Erwägung, daß es geradezu unmöglich wäre, die Fälle, wo sich der Gestor die theilweise Genehmigung gefallen lassen muß, von denjenigen, wo sie unstatthaft ist, zu scheiden.

In der Gestattung theilweiser Genehmigung würde überdies eine Vergewaltigung des Geschäftsführungswillens liegen. Denn als der Gestor die Geschäfte unternahm, hatte er zwar den Willen, bezüglich des ganzen Geschäftes, nicht aber bezüglich eines Theiles desselben Gestor zu sein. Eine theilweise Genehmigung gestatten, hieße ihm den Willen unterschieben, auch bezüglich der beliebig zu verschneidenden quantitativen Bestandtheile des Geschäftes Geschäftsführer zu sein, welchen Willen er eben niemals hat.

Wenn der Gestor einwilligt, kann allerdings eine theilweise Genehmigung des Geschäftes stattfinden; dann liegt aber keine einseitige wahre Genehmigung, sondern ein neues vertragsmäßiges Geschäft vor, das auch in seinen Wirkungen nicht nach den Regeln der Genehmigung, sondern lediglich nach dem zu ermittelnden Contraktswillen zu beurtheilen ist.

Wenn wir schon bei denjenigen Geschäften, welche auf den Namen des Gestor gestellt sind, eine theilweise Genehmigung für unstatthaft erklären müßten, so müssen wir dies um so mehr bei den auf den Namen des Geschäftsherrn gestellten Geschäften. Da hier der dritte Contrahent in Folge der Genehmigung zu dem Dominus in dieselbe Lage kommt, wie wenn dieser selbst das Geschäft geschlossen hätte, so erscheint er hier wohl interessirt an der Frage, ob theilweise Genehmigung möglich ist. Denn wenn solche gestattet ist, so tritt er in Folge der Genehmigung bezüglich des genehmigten Theiles des Geschäftes zu dem Genehmiger in ein direktes Rechtsverhältniß. Es ist aber gar kein Grund abzusehen, warum der Dritte sich die theilweise Genehmigung gefallen zu lassen braucht. Jedes Rechtsgeschäft bildet ein wirthschaftliches Ganzes und läßt sich, obgleich das Objekt theilbar ist, keineswegs in beliebig viele Theile zerlegen, die zusammen das ganze Rechtsgeschäft repräsentiren. Vielmehr wird ein seinem Objekte nach getheiltes Geschäft in seiner Abminderung oft eine ganz andere wirthschaftliche Stellung einnehmen. Der X, der meinem als offener Stellvertreter auftretenden Gestor ein Kapital von 10,000 fl. als Darlehen verspricht, müßte, wenn theilweise Genehmigung gestattet wäre, sich ge-

fallen lassen, daß ich dieses Darlehen auf 9800 fl. genehmige, und behielte jetzt noch 200 fl. Capital in Handen, die er, wie es bei solchen kleinen Beträgen leicht vorkommen kann, keineswegs sofort wieder ausleihen könnte. Ebenso müßte der X, der meinem als offenem Stellvertreter handelnden Gestor 100 Morgen zusammenhängendes Ackerland um 20,000 fl. verkauft, sich gefallen lassen, daß ich das Geschäft auf 50 Morgen um 10,000 fl. genehmige, obwohl die gesonderten 50 Morgen, welche dem X noch verbleiben, vielleicht nur noch den vierten Theil der Kaufsumme werth sind.

Ueber diese Ergebnisse kann man nicht hinauskommen durch die Behauptung, daß der Gestor den X für den Schaden, der ihm durch solche theilweise Genehmigung zugeht, schadlos halten müsse. Einerseits gibt es Fälle, in welchen der Gestor keineswegs zur Schadloshaltung des Contrahenten verpflichtet ist [1]). Zweitens würde es aller bona fides widersprechen, wenn es solcher Gestalt dem Dominus gestattet wäre, seinen Gestor durch theilweise Ratihabition in eine Lage zu versetzen, die offenbar viel ungünstiger sein kann, als wenn das Geschäft gar nicht genehmigt worden wäre.

Hiemit dürfte dargethan sein, daß eine theilweise Genehmigung in dem Falle, wo der Gestor als offener Stellvertreter auftritt, ohne eine ganz exorbitante Beeinträchtigung der Interessen des dritten Contrahenten oder des Gestor nicht möglich ist. Daraufhin sind wir wohl zu dem Rückschlusse berechtigt, daß das Recht eine solche nicht gestatten kann, daß sonach eine theilweise Genehmigung gar nicht die Wirkungen der Genehmigung hat.

Im Einwilligungsfalle des dritten Contrahenten liegt hier, wie im vorigen Falle, keine Genehmigung, sondern die Schließung eines neuen Geschäftes vor, das einen Theil des früher projektirten umfaßt.

Das Resultat wäre sonach, daß eine theilweise Genehmigung einer Geschäftsführung wenigstens regelmäßig nicht Platz greifen kann.

Es ist nicht unwahrscheinlich, daß man an dieser mit der Natur der Geschäftsführung und der Rechtsgeschäfte überhaupt aufs Engste zusammenhängenden Regel nie gezweifelt hätte, wenn nicht einige Stellen der römischen Gesetzgebung zu der entgegengesetzten Ansicht Veranlassung geworden wären.

---

[1]) Dies ist der Fall, sobald der dritte Contrahent wußte, daß der Gestor nicht beauftragt war.

Diese Stellen lauten folgendermaßen:

l. 17 D. rat. rem hab. 46, 8. Marcellus (libro XXI. Digestorum.):

Cum debitore decem creditoris nomine Titius egit; partem petitionis ratam habuit dominus; dicendum est obligationis partem consumtam, quemadmodum, si decem stipulatus esset, aut exegisset, creditorque non totum, sed partem gestae rei comprobasset. Idcirco si ex stipulatu, decem aut Stichum, utrum ego voluero, absente me Titius domino quinque petiisset, insecuta ratihabitione, recte actum videri.

l. 18 D. eod. Pomponius (libro XXVI ad Sabinum.):

Si procurator ratam rem dominum heredemve ejus habiturum caverit, et unus ex heredibus domini ratum habeat, alter non habeat, sine dubio committetur stipulatio pro ea parte, pro qua ratum non habebitur, quia in id committitur, quod stipulatoris intersit. Nam etsi ipse dominus pro parte ratum habuerit, pro parte non hubuerit, non ultra quam in partem committetur stipulatio, quia in id committitur, quod intersit agentis; et ideo saepius ex ea stipulatione agi potest, prout intersit agentis quod litigat, quod consumit, quod advocat, quod damnatus solvit, sicut in stipulatione damni infecti accidere potest, ut is, qui stipulatus sit, subinde agat; cavet enim, si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur etc. etc.

Diesen für theilweise Genehmigung angeführten Stellen gegenüber fand man einen Widerspruch in dem Schlußsatze der berüchtigten l. 4 § 1 (Cato) D. de V. O. 45, 1, wo Paulus (libro XII. ad Sabinum.) sagt:

„Sed videamus ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione, Titium heredemque ejus ratum habiturum? Nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum, idque et Marcello placuit, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.“

Zur Klärung der Sache ist zunächst nöthig, daß wir das Verhältniß der l. 4 § 1 D. zu den l. l. 17 u. 18 D. cit. feststellen. Von einer vollständigen Erklärung der l. 4 § 1. D. cit. kann hier Umgang genommen werden, weil uns zunächst nur die Schlußsätze interessiren, und wir auf die von Ubbelohde[2]) gegebene vorzügliche Erklärung dieser Gesetzesstelle verweisen können, durch welche wohl der Streit über diese Stelle beendigt sein dürfte. Bezüglich des hierher einschlägigen Theiles der l. 4. § 1 D. cit. ist aber Folgendes zu constatiren:

---

[2]) Die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 129—142. S. 293—309.

Daselbst ist nicht von einer stipulatio des Procurators dominum haeredemve ejus ratum habiturum die Rede; sondern von einer stipulatio, die der dominus, also der Vertretene, selbst abschließt und in welcher er sich und seine Erben zur Ratihabition verpflichtet. Die Stipulation lautet also: „se heredemque suum ratum habiturum“. Nur so läßt sich erklären, daß derjenige der Erben, der nicht ratihabirt, ex stipulatu haftet[3]). Eine solche stipulatio ratum se habiturum ist heutzutage völlig zwecklos, da die Bestellung eines Proceßstellvertreters formlos und mit der Wirkung direkter Stellvertretung geschieht. Denn entweder enthielte jene Stipulation ein Mandat, so daß eine Genehmigung nicht nöthig wäre, oder sie enthielte selbst die Genehmigung. Wir sind daher berechtigt, die praktische Bedeutung der Stipulation in eine Zeit zurückzuversetzen, wo die Bestellung eines Prozeßstellvertreters noch durch förmliche in Gegenwart der Gegenpartei abgegebene Erklärung vor dem Prätor geschehen mußte, um den Vertreter zum Cognitor zu machen und die Wirkungen des Prozesses direkt für und gegen den Auftraggeber entstehen zu lassen. War der Stellvertreter nicht Cognitor, sondern einfacher Procurator (gleichviel ob mit oder ohne Auftrag), so wurde der Vertretene aus dem Prozesse nicht direkt verpflichtet, noch direkt berechtigt. In diesen Fällen hatte es daher wohl einen Sinn, sich vom Vertretenen die Ratihabition promittiren zu lassen. Es ist eine naheliegende Conjektur, daß die Ratihabition, gerade wie die Bestellung eines cognitor, ein förmlicher Akt, also ein facere vor dem Prätor gewesen ist, welcher dann in seiner Wirkung der Bestellung eines cognitor gleichstünde[4]).

Uebrigens ist l. 4 § 1 D. cit. nicht die einzige Stelle, welche das Vorkommen einer stipulatio des dominus „se ratum habiturum“ bezeugte. Auch in l. 44 § 6 D. fam. erc. 10, 2[5]) und l. 65 D. de procurat. et

---

[3]) Daß die in l. 4 § 1 D. cit. erwähnte Stipulation in der im Text gegebenen Weise aufzufassen sei, hat schon Donellus Comment. ad Tit. Dig. de V. O. (edit. Francof. 1577) S. 19 anerkannt. „Sed vero ex stipulatione procuratoris obligari non potuit; nempe hoc restat, ut intelligat eam, quae cum domino ipso interponitur, qua ille promittit, se heredemque suum ratum habiturum quod cum procuratore actum erit.“ Ebenso Reitz a. W. S. 17, Agricola a. W. S. 33, Beckhaus S. 39, Gregory S. 59. Busse a. W. S. 35 glaubt allerdings, es spräche l. 4 § 1 D. cit. von einer „cautio a procuratore interposita“.

[4]) Man vgl. über diese Stipulation besonders Ubbelohde a. W. S. 285—295.

[5]) (Paulus lib. VII ad Sabin.): Si quis stipulatus fuerit, Titium heredemque ejus ratum habiturum, et Titius pluribus heredibus relictis decesserit, eum solum teneri, qui non habuerit ratum, et solum ex heredibus stipulatoris acturum a quo fuerit petitum.

defens. 3, 3[6]) wird eine solche Stipulation oder doch ein Versprechen der Ratihabition erwähnt.

Ferner ist zu constatiren, daß l. 4 § 1 D. cit. nicht die Frage behandelt, ob theilweise Genehmigung möglich sei, sondern, ob im Falle theilweiser Genehmigung die „stipulatio ratum se habiturum" auf's Ganze oder pro parte verletzt sei. Daraus folgt, daß der Schlußsatz der l. 4 § 1 D. cit. „quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest" so zu verstehen ist: es könne der stipulirende Dominus selbst nicht pro parte ratihabiren, ohne die ganze Stipulation verfallen zu machen. Durch Umkehrung erhalten wir hieraus den Satz: Der Dominus, der in Stipulationsform die Genehmigung einer Prozeßführung durch seinen Procurator versprochen hat, kann theilweise genehmigen; aber die Stipulation ist nicht etwa bezüglich der Quote, welche dem nicht genehmigten Theile entspräche, sondern ganz verfallen.

Der Grund dieser Entscheidung liegt in Folgendem: durch die Stipulatio ratum se habiturum ist eine bedingte Obligation entstanden; die Bedingung besteht darin, daß der Schuldner etwas thut — nämlich ratihabirt. Der Schuldner ist also zu einem facere verpflichtet. Durch theilweises facere, was an und für sich möglich ist, genügt er der Stipulation nicht, daher ist diese ganz verfallen. Dies entspricht der auch anderweitig anerkannten Regel, daß, wo der Inhalt der Bedingung auf etwas an sich Theilbares gerichtet ist, zwar die Möglichkeit theilweiser Erfüllung gegeben ist, daß aber gleichwohl die Stipulation nicht pro parte, sondern ganz verfällt[7]).

Hiemit steht nicht im Widerspruche, daß in l. 18 D. cit. die stipulatio ratum dominum habiturum im Falle theilweiser Genehmigung des Dominus als pro parte verfallen bezeichnet wird. Denn beide Stellen handeln von verschiedenen Stipulationen: l. 4 § 1 D. cit. von einer vom Dominus selbst, l. 18 D. cit. von einer vom Procurator interponirten Stipulation. Es läßt sich daher eine verschiedene Behandlungsweise der verschiedenen Fälle wohl begründen.

---

6) (Modestinus): Si procuratorem absentem dominus a satisdatione relevare velit, literas suas ad adversarium dirigere debebit, quibus significet, quem adversus eum procuratorem, et in qua causa fecerit, ratumque se habiturum, quod actum sit.

7) Ubbelohde a. W. S. 124, 125, 145.

Das Resultat dieser Untersuchung ist, daß zwischen l. 4 § 1 D. cit. und l. l. 17 u. 18 D. cit. keineswegs ein Widerspruch besteht, daß vielmehr auch in l. 4 § 1 D. cit. eine theilweise Genehmigung einer Prozeßführung durch einen Procurator für möglich erklärt wird.

Als ganz verfehlt muß Angesichts dieses Resultats der Versuch Busse's betrachtet werden, welcher darauf ausgeht, die l. l. 17 u. 18 D. cit. dem Schlußsatze der l. 4 § 1 D. cit. unterzuordnen und im letzteren Satze die Regel niedergelegt findet, daß theilweise Genehmigung nicht möglich sei[8]).

Vielmehr ist nicht zu leugnen, daß wir in l. 17, 18 u. l. 4 § 1 D. cit. drei übereinstimmende Stellen vor uns haben, in welchen theilweise Genehmigung anerkannt ist. Es fragt sich nun, ob wir trotz dieser Quellenzeugnisse die oben aufgestellte Ansicht von der Unmöglichkeit theilweiser Genehmigung aufrecht erhalten können, oder inwieferne wir solche modificiren müssen?

Sintenis[9]), welcher mit vollem Rechte sich gegen die von Busse versuchte künstliche Beseitigung der l. l. 17 u. 18 ausspricht, hat den Versuch gemacht, die praktische Bedeutung der beiden leges abzuschwächen, indem er sagt: „die Genehmigung einer Handlung oder eines Geschäftes kann auch theilweise geschehen, d. h. der Summe oder Größe nach, welche dabei in Betracht kommt, sobald dadurch der wesentliche Charakter des ersteren nicht verändert wird, und der andere Contrahent, wenn er Empfänger gewesen ist, einwilligt."

Eine Genehmigung, zu der Einwilligung des anderen Contrahenten gehört, ist, wie wir bereits mehrfach zu bemerken Gelegenheit hatten, keine eigentliche Genehmigung mehr, sondern ein neuer Vertrag.

Nach Sintenis könnte also eine einseitige theilweise Genehmigung in denjenigen Fällen vorkommen, wenn der andere Contrahent nicht

---

8) A. W. cap. II. § 4 S. 34 ff. Die l. 17 beseitigt Busse, indem er annimmt, die Stelle handle zuerst von Genehmigung der theilweisen Einklagung einer Schuld durch einen Prokurator („non partem petitionis sed partis petitionis partem (?!) ratum habuisset" S. 36); was einfach nicht mit dem Wortlaut der Stelle vereinbar ist. Dann behauptet Busse weiter, das folgende „partum rei gestae comprobare" handle nicht von Genehmigung, sondern comprobare heiße hier „beweisen" (plene demonstrare) und übersetzt den Satz „Quemadmodum etc." dahin: „Geradeso wie wenn der Gläubiger sich zehn (noch besonders feierlichst) hätte versprechen lassen oder eingetrieben hätte, nicht das ganze Geschäft, wohl aber ein Theil desselben vollkommen erwiesen wäre." Diese Interpretation ist so erzwungen, daß es wohl keiner ernstlichen Widerlegung bedarf. Fast noch unverständiger ist die Erklärung, die Busse sich von l. 18 D cit. zurecht macht, welche eine theilweise Genehmigung in der Art gestatten soll, daß es dem Dominus freistehe, den Prozeß bis zu einem gewissen Stadium zu genehmigen.

9) Prakt. Civ.-Recht I. § 18 ad A. 42.

Empfänger gewesen ist. Abgesehen davon, daß nicht ersichtlich ist, welches tiefere Princip dieser eigenthümlichen Begrenzung der theilweisen Genehmigung zu Grunde liegt, erweist sich dieselbe auch in praktischer Hinsicht als unbrauchbar, obwohl Sintenis glaubt, mit derselben der Praxis gerecht zu werden. Nach dieser Regel wäre, wie Sintenis selbst ausführt, die theilweise einseitige Genehmigung nicht möglich, wenn der Gestor einem Dritten ein Darlehen gab; dagegen möglich, wenn der Gestor Namens des Dominus von einem Dritten ein Darlehen aufnimmt. Ich vermag nun in der That nicht einzusehen, warum, wenn im ersteren Falle der Dritte sich die Genehmigung nicht gefallen lassen muß, weil ihm (wie Sintenis sagt) mit dem halben Darlehen nicht gedient ist; im anderen Fall der darleihende Dritte dieselbe über sich ergeben lassen muß, während ihm doch mit der Hingabe des halben Capitals auch nicht gedient ist, er vielmehr durch Zerstückelung der runden Summe in bedeutende wirthschaftliche Nachtheile gerathen kann. Unter diesen Verhältnissen wird man die Sintenis'sche Theorie kaum für richtig halten können.

Betrachten wir die Fälle näher, in welchen eine theilweise Genehmigung in den römischen Gesetzen für möglich erklärt wird, so ergibt sich Folgendes:

1. In l. 17 D. cit. wird eine theilweise Genehmigung zugelassen:
   a) Wenn ein Procurator des Gläubigers in einem Prozesse gegen den Schuldner, folglich als Kläger, aufgetreten ist („Cum debitore decem creditoris nomine Titius egit“);
   b) wenn ein Procurator Namens des Dominus eine Stipulation als Gläubiger geschlossen („quemadmodum si decem stipulatus esset“);
   c) wenn ein Procurator Namens des Gläubigers eine Schuld einkassirte („aut exegisset“).

2. In l. 18 D. cit. wird theilweise Genehmigung für zulässig erklärt für den Fall, wo ein Procurator Namens des Dominus einen Prozeß führte. Daß der Prozeßstellvertreter hier als Kläger zu verstehen, geht hervor aus der Bezeichnung desselben als procurator, die vorzugsweise vom Kläger gebraucht wird, während der beklagtische Vertreter defensor genannt wird; ferner aus dem Umstande, daß der Prozeßvertreter in Frage eine cautio de rato stellt. Cautio de rato wird regelmäßig nur die vom Kläger gestellte Caution geheißen[10]), während

[10]) Ausnahme: z. B. l. 6. D. rat. rem. 46, 8.

die Caution des beklagtischen Vertreters satisdatio judicatum solvi oder ähnlich genannt wird [11]).

3. Derselbe Fall, nämlich Prozeßführung durch einen Procurator als Kläger, ist der in l. 4 § 1 D. cit. erwähnte. Daß der Dominus als Gläubiger, folglich der Stellvertreter als Kläger des Prozesses (nicht als Beklagter) gedacht werden muß, ergibt sich mit Sicherheit aus der Analogie, in welche die „cautio se ratum habiturum“ mit der „stipulatio non amplius agi“ gebraucht wird. Wenn die „stipulatio se ratum habiturum“ vom Dominus als Beklagtem ausginge, so könnte der Jurist unmöglich die Frage aufwerfen, ob nicht die „stipulatio amplius non agi“ gerade so zu behandeln sei [12]), wie die „stipulatio se ratum habiturum“, während im umgekehrten Fall, wo der Promittent der letzteren Stipulation Kläger ist, die Aehnlichkeit beider Stipulationen in die Augen springt.

Die Fälle, in welchen theilweise Genehmigung quellenmäßig ist, beschränken sich sonach auf folgende drei: Einklagung einer Forderung durch einen Procurator, (1. a. 2. 3.), Stipulation durch den Procurator, (1. b.); außergerichtliche Einkassirung einer Forderung durch einen Procurator (1. c.). Bezüglich dieser drei Fälle ist noch hervorzuheben, daß die zwei letzteren nicht ex officio in l. 17 D. cit. behandelt, sondern nur nebensächlich bei Gelegenheit der theilweisen Genehmigung einer Prozeßführung erwähnt werden.

Ich glaube, man wird es nicht für Zufall erklären dürfen, daß gerade nur diese drei Fälle theilweiser Genehmigung in den Quellen erwähnt sind, während in der ganzen Lehre von der negotiorum gestio keine Spur von theilweiser Genehmigung eines Kaufes oder Darlehens u. s. w. vorkommt. Was den Fall der Prozeßführung als Kläger und den der Stipulation anlangt, so läßt sich vermuthen, daß die strenge einseitige und formale Natur der Prozeßobligation und der Obligation, die durch Stipulation entsteht, die Ursachen gewesen sind, warum eine Theilung der Obligation auf Seite des Gläubigers möglich ist. Bezüglich der Zahlungseintreibung auf außergerichtlichem Wege ist es nicht unwahrscheinlich, daß sich der Jurist (Marcellus) durch die Aehnlichkeit mit der gerichtlichen Eintreibung zu deren Hereinziehung verleiten ließ, ohne an die eigenthümliche Natur der obligatio, die aus der litiscontestatio entstand, zu denken.

---

[11]) Vatic. fragm. § 137. Gai. IV. 101.

[12]) Daß dieses der Sinn und die Beziehung des Satzes: Sed videndum ne etc. ist, dafür s. den Beweis bei Ubbelohde a. a. O.

Auf keinen Fall wird man über jene drei Fälle hinaus theilweise Genehmigung zulassen dürfen.

Für das heutige Recht ergeben sich hieraus die folgenden Consequenzen: das römische Prozeßrecht ist, insbesondere, was die Wirkung der Litiscontestation anlangt, heutzutage nicht mehr in Geltung; daher ist der Fall der theilweisen Genehmigung einer Prozeßführung nicht mehr praktisch. Tritt ein Procurator auf, so ist eine theilweise Genehmigung unzulässig [13]).

Ebenso unpraktisch ist der Fall der Stipulation, nachdem diese aus dem heutigen Rechtsleben verschwunden ist.

Der einzige Fall wäre also noch der, wo ein Procurator Namens des Dominus eine Forderung einzieht. Ich halte es nun für bedenklich, gerade wegen dieses einen Falles eine theilweise Genehmigung zuzulassen. Wie bereits bemerkt wurde, geschieht dieser Einziehung nur nebenbei Erwähnung. L. 17 D. cit. ist die einzige Stelle, wo die theilweise Ratihabition dieses Rechtsgeschäftes erwähnt wird. Es ist nicht zu verkennen, daß durch die theilweise Genehmigung einer solchen Forderungseinziehung der Gestor in sehr bedenklicher Weise geschädigt werden kann. Ich glaube daher, daß man sich keiner allzu großen Kühnheit schuldig machte, wenn man den in l. 17 D. cit. niedergelegten Ausspruch des Marcellus als gegen die bona fides des Geschäftsführungsverhältnisses verstoßend betrachten und darum ignoriren würde. Es ist um so wahrscheinlicher, daß der Jurist bei Niederschreibung dieser Stelle das Geschäftsführungsverhältniß gar nicht im Auge hatte, als sowohl l. 17 wie l. 18 D. cit. von dem beauftragten, aber nicht förmlich bestellten Prozeßprocurator zu sprechen scheinen, bei dem dann eine Rücksichtnahme auf das Interesse des Gestor nicht nöthig war. Wollte man aber diesem Auskunftsmittel, welches allerdings nicht unbedenklich ist, nicht beipflichten, so bliebe nichts anders übrig, als die allgemeine Regel der Unmöglichkeit theilweiser Genehmigung für den einen Fall auszuschließen, wo der Gestor eine Schuld Namens des Dominus einkassirte.

Schließlich ist noch die Beweisführung zu widerlegen, mit welcher Griesinger [14]) die Möglichkeit einer theilweisen Genehmigung, abgesehen von den Quellenzeugnissen, begründen zu können glaubt. Dieselbe lautet: „Wenn auch die Absicht des anderen Contrahenten auf ein Plus gerichtet ist, und derselbe ein Geschäft von größerem Umfang oder Gegenstand abschließen will, so hat das doch lediglich keine andere Bedeutung,

---

[13]) Uebereinstimmend Heimbach a. a. O.

[14]) A. W. S. 49.

als der Irrthum eines Contrahenten über den Umfang und die Eigenschaften des Gegenstandes des Geschäftes überhaupt, und es sind daher die über den Einfluß des letzteren im Allgemeinen geltenden Grundsätze auch hier zur Anwendung zu bringen. Sobald diese Voraussetzung aber zutrifft, kommt auf die Einwilligung des andern Contrahenten in die theilweise Ratihabition nichts mehr an; denn wofern nur die Richtung seines Willens auf das ganze Geschäft nicht die Richtung desselben auf einen Theil ausschließt, liegt ja schon in der anfänglichen Willenserklärung die Einwilligung in ein wenigstens theilweises Zustandekommen desselben". Griesinger geht hiebei von der Annahme aus, daß das Geschäft, bei welchem sich ein Theil über die Größe der Verpflichtung oder Berechtigung irrt, indem er solche für größer hält, als der andere Contrahent, insoweit aufrecht erhalten werde, als sich beide Willen decken. Diese Annahme ist in dieser Allgemeinheit offenbar unrichtig. Niemand wird glauben, daß der Getreidehändler, welcher im Glauben, das Geschäft betrage 2000 Schäffel Getreide, dem X den Schäffel zu 12 fl. zu liefern übernahm, während X nur auf 1000 oder gar nur auf 100 Schäffel abschließen wollte, gebunden sei, dem X 1000 oder 100 Schäffel zu diesem Preise zu liefern. Jener Annahme liegt nur der richtige Gedanke zu Grunde, daß sich Niemand auf einen Irrthum beruhen darf, wenn der wahre Sachverhalt für ihn entschieden günstiger ist, als der irrthümlich gedachte. Darin, aber nicht in einer Regel des angegebenen Inhalts liegt der Grund, warum z. B. der Miether, der glaubte, zu höherem Preise zu miethen, als der Vermiether thatsächlich vermiethen wollte, auf den geringeren Betrag gebunden ist [15]).

Wenn wir hiernach den Ausgangspunkt der Ausführung Griesingers nicht als richtig zu erkennen vermögen, so vermissen wir auf der andern Seite jede Berechtigung zur Uebertragung der über Irrthum bestehenden Grundsätze auf die Ratihabitionslehre. Denn von einem Irrthum des dritten Contrahenten, der mit dem Gestor abschloß, kann doch wahrlich nicht die Rede sein.

Uebrigens hat Griesinger den Satz, daß in der anfänglichen Willensrichtung die Einwilligung in ein theilweises Zustandekommen liegt, selbst durch die Clausel, „wofern nur die Richtung auf das ganze Geschäft überhaupt nicht die Richtung desselben auf einen Theil ausschließt", eingeschränkt, ohne anzugeben, wann und unter welchen Voraussetzungen letzteres der Fall ist.

---

15) L. 32 D. locati 19, 2.

Die Wahrheit liegt eben darin, daß in allen Fällen die Richtung des Willens auf das ganze Geschäft nicht die Richtung desselben auf einen Theil einschließt.

Die früheren Schriftsteller über Ratihabition haben mit Ausnahme Busse's und Heimbachs eine theilweise Genehmigung durchgängig für zulässig erachtet. Eine Begründung dafür als allgemeine Regel zu gewinnen wurde indeß nicht versucht, sondern man begnügte sich einfach mit einer Berufung auf die angeführten Quellenzeugnisse.

Wir gehen nunmehr zur Beantwortung der Frage über, wie es in dem Falle zu halten sei, wo der Dominus, welcher das Genehmigungsrecht hat, stirbt, ohne genehmigt zu haben, und mehrere Erben hinterläßt.

Die Erben sind berechtigt zur Genehmigung, wie wir schon oben gesehen haben. Jeder einzelne kann selbstverständlich nur pro parte genehmigen, pro qua er Erbe geworden ist. Einigen sich die Erben darüber, daß sie genehmigen wollen, so ist die Sache einfach: Das Geschäft besteht gerade so, wie wenn der verstorbene Dominus selbst genehmigt hätte. Rechte und Verbindlichkeiten gehen quotenweise auf die Erben über. Ebenso zweifellos liegt die Sache, wenn keiner der Erben genehmigen will. Die Rechte und Verbindlichkeiten, wie sie unter gewissen Voraussetzungen aus der ungenehmigten Geschäftsführung entstehen (actio neg. gestorum directa u. contraria), gehen aktiv und passiv auf die Erben nach Verhältniß der Erbquoten über.

Dagegen kann es vorkommen, daß eine Einigung der mehreren Erben über die Ertheilung oder Weigerung der Genehmigung nicht erzielt wird. Kann hier der Einzelne nach Verhältniß seiner Erbquote genehmigen, so daß also das Geschäft, welches der Gestor mit dem Dritten einging, auf die seinem Erbtheile entsprechende Quote aufrecht erhalten bliebe, während dasselbe bezüglich der Quote, die den Erbtheilen der nicht genehmigenden Erben entspricht, nicht zu Stande käme?

Sobald man, bez. wo man eine theilweise Genehmigung des Dominus selbst für zulässig erklärt, muß man auch eine theilweise Genehmigung seitens eines Erben für statthaft halten. Wir sehen daher, daß in dem Falle der Prozeßführung durch einen klagenden Procurator, in welchem das römische Prozeßrecht eine theilweise Genehmigung des Dominus gestattete, auch eine theilweise Genehmigung seitens eines Erben zugegelassen ward,

l. 18 D. rat. rem. 46, 8.

l. 4 § 1. D. de V. O. 45, 1.

und dürften daher, weil l. 17. D. cit. auch die theilweise Genehmigung einer Stipulation und einer Forderungseinkassirung zuließ, auch annehmen, daß in diesen Fällen nach röm. Recht durch eine Genehmigung seitens des einzelnen Erben eine quotenweise Aufrechthaltung des Geschäftes bewirkt ward, obwohl solches in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt wird.

Anders dürfte die Antwort bezüglich des heutigen Rechtes lauten, nachdem wir für dieses die theilweise Genehmigung des Dominus als unzulässig erkannt haben. Hier greift der Grundsatz Platz, daß durch die Universalsuccession eine Verschlechterung der Lage der mit dem Erben in ein Rechtsverhältniß getretenen Personen nicht stattfinden soll. Wollte man eine theilweise Genehmigung seitens eines Erben mit der Wirkung quotenweiser Aufrechthaltung des Geschäftes gestatten, so würde dadurch der Gestor sowohl, wie der dritte Contrahent in eine mißlichere Lage versetzt, als die zu Lebzeiten des Dominus bestanden, der nicht theilweise genehmigen durfte. Z. B. G hat als Gestor des D ein Grundstück von X gekauft; G und X brauchen sich nicht gefallen zu lassen, daß D auf die Hälfte genehmige. D stirbt mit Hinterlassung dreier Erben, U, V, W; an und für sich genehmigen kann jeder derselben nur auf ein Dritttheil. Genehmigen aber nicht alle, so würde X, wenn er sich die theilweise Genehmigung gefallen lassen müßte, in die Lage versetzt sein, dem Ratihabenten, z. B. U, ein Dritttheil des Grundstückes um den dritten Theil des Kaufpreises zu überlassen. Daß hiedurch sein Interesse schwer geschädigt werden kann, ist klar. Wollte man ihn bezüglich dieses Schadens an den Gestor verweisen, und würde dieser den Nachtheil, der durch die theilweise Genehmigung entstünde, ersetzen müssen, so wäre seine Lage dem Erben des Dominus gegenüber verschlimmert worden.

Ich glaube daher, daß die theilweise Genehmigung eines einzelnen Erben ohne die der übrigen nicht Platz greifen kann, und da der einzelne Erbe nicht ganz ratihabiren kann, so folgt daraus, daß von einem einzelnen Erben das Geschäft weder theilweise noch ganz aufrecht erhalten werden kann.

Das auf die Genehmigung gestellte Rechtsverhältniß zu dem Dritten und dem Gestor wäre dann nach der Analogie einer obligatorischen Berechtigung aufzufassen, die durch ein untheilbares Thun bedingt ist. So wenig hier der eine mehrerer Erben durch ein nur seiner Erbquote entsprechendes facere die Bedingung erfüllen kann, sondern nur durch das ganze Thun, so wenig kann der eine mehrerer Erben theilweise genehmigen. Das Eigenthümliche ist nur, daß dem einzelnen Erben die Befugniß abgeht, die Bedingung — wenn ich mich dieses Ausdruckes

hier im uneigentlichen Sinne bedienen darf — g a n z zu erfüllen, was bei einem gewöhnlichen facere in der Regel geschehen kann. Denn er kann nicht in solidum genehmigen, da ihm hiezu die Fähigkeit abgeht (gerade wie dem einzelnen Erben eines zur Bestellung einer Servitut Verpflichteten vor der Zuweisung des betreffenden Ackers die Fähigkeit mangelt, die Servitut ganz zu bestellen).

Wollte man die hier vertretene allgemeine Untheilbarkeit der Genehmigung nicht annehmen, so müßte man die angegebene Behandlungsweise für den Fall mehrerer dissentirenden Erben immerhin für diejenigen Geschäfte adoptiren, die ihrem Objekte nach untheilbar sind.

Da wir die römische Regel, daß eine aktive Prozeßführung theilweise genehmigt werden könne, als nicht mehr giltig bezeichnen, so müssen wir auch nicht die in l. 18 D. cit. gegebene Vorschrift für antiquirt halten, daß im Falle theilweiser Genehmigung die Prozeßcaution, die der Kläger gestellt hat, nur pro rata verfalle. Im Erbfalle gilt das Nämliche.

Zweites Hauptstück.

Von der nachfolgenden Einwilligung zu fremden Rechtsgeschäften.

§ 16.

Einleitung. Einwilligung der Obrigkeit. Einwilligung von Privatpersonen.

Jemand nimmt ein Rechtsgeschäft vor für sich, ohne die Absicht, Geschäftsführer eines Andern zu sein. Damit dieses Rechtsgeschäft die beabsichtigte Wirkung habe, dazu ist regelmäßig nur der eine Wille desjenigen nothwendig, der es vornimmt. Ausnahmsweise gibt es jedoch Fälle, in welchen zu einem Rechtsgeschäft außer dem Willen des Handelnden noch der Wille eines Andern gleichsam beistandsweise erforderlich ist, damit das auszuführende Geschäft rechtliche Wirkung nach Absicht der Parteien erhalte. Dann bedarf es zu einem solchen Rechtsgeschäfte einer zweiten Willenserklärung neben jener des Handelnden. Diese zweite Willenserklärung muß darauf gerichtet sein, daß das von dem Andern gewollte Geschäft zu Stande kommen solle. Es bedarf sonach der Cumulirung zweier Willen, welche gewissermassen zu einem Willen verschmolzen werden — Einwilligung. Es ist denkbar, daß die beiden Willen gleichzeitig zur Erscheinung kommen. Dies ist aber nicht wahrscheinlich. Regelmäßig werden sie zu verschiedenen Zeitpunkten erscheinen. Die Einwilligung zu dem Rechtsgeschäfte kann sonach vorhergehen und nachfolgen. Wir haben hier den Fall ihrer Nachfolge zu betrachten.

Die einzelnen Fälle, in welchen eine Mitwirkung seitens eines Andern als des Subjektes des Geschäftes nöthig ist, sind einzeln zu untersuchen.

Auszuscheiden von dieser Untersuchung sind diejenigen Fälle, in welchen eine nicht willensfähige Person von einer andern vertreten

wird. Wenn eine nicht willensfähige Person ein Rechtsgeschäft schließt, so kann ihr Vertreter nicht seine Einwilligung dazu geben. Denn wo die Willensfähigkeit des Subjektes des Rechtsgeschäftes mangelt, kann kein fremder Wille ergänzend oder einwilligend hinzutreten. Nicht willensfähig sind Kinder unter 7 Jahren [1]), Wahn- und Blödsinnige [2]). Von einer nachfolgenden Einwilligung zu einem von diesen Personen gewollten Geschäfte kann daher nirgends die Rede sein. Wollte man gleichwohl belieben, von einer solchen zu sprechen (z. B. wenn ein Wahnsinniger einen Kaufvertrag eingeht und der Curator desselben erklärt, diesen Vertrag aufrecht halten zu wollen), so liegt unter dem nicht richtig gebrauchten Namen der Einwilligung nichts anderes vor, als die Eingehung eines Rechtsgeschäftes, das mit keinem früheren Geschäfte in organischer Verbindung steht. Der im Beispiel erwähnte Kaufvertrag entsteht mit der Willenserklärung des Curators, daher ist der dritte Contrahent keineswegs gebunden; er kann nicht nur bis zum Momente, wo der Curator den Kaufvertrag abschließt, zurücktreten; es ist sogar auch seinerseits eine neue, auf den Abschluß mit dem Curator gerichtete Willenserklärung nöthig, da kein Grund besteht, die Fortdauer des Willens bis zu diesem Punkte anzunehmen.

Eine eigentliche Einwilligung kommt sonach blos in Frage, wo willensfähige Personen handelnd aufgetreten sind, deren Dispositionsbefugniß jedoch aus irgend einem Grunde entweder allgemein oder in Bezug auf gewisse Rechtsgeschäfte beschränkt ist durch die Nothwendigkeit der Einwilligung eines Andern.

Zu Rechtsgeschäften kann nöthig sein die Ertheilung einer Einwilligung der Obrigkeit, oder einer Privatperson. Daher kann es auch diese zwei Arten von nachfolgender Einwilligung geben.

§ 17.

A. Nachfolgende Einwilligung seitens der Obrigkeit.

Die Nothwendigkeit obrigkeitlichen Consenses zu Rechtsgeschäften von Privaten kommt nach verschiedenen Gesetzen vor. Im römischen Recht ist sie seltener als h. z. T. Bekannt sind die Fälle der Arrogation und der Veräußerung von Mündelgut. Zur Arrogation ist die Einwilligung des

---

1) L. 1 § 13 D. de O. et A. 44, 7. l. 1 § 2 D. de ad nin. tut. 26, 7. l. 32 § 2 D. de acqu. poss. 4, 12. Vergl. Puchta Pand. § 50. Note c. Arndts Pand. § 59. Brinz Pand. S. 40.

2) L. 1 § 13 D. l. 18 § 1 D. de acqu. poss. 4, 12. l. 40 D. de R. J. 50, 17. l. 5 § 2 D. ad leg. Aqu. 9, 2. l. 1 § 12 D. de O. et A. 44, 7.

Regenten[1]), zur Veräußerung von Mündelgut ist die Erlaubniß der Obervormundschaftsbehörde erforderlich[2]). Vor Erlaubniß des Regenten hat die Willenserklärung, Jemanden arrogiren zu wollen, und der gegenüber stehende Wille des zu Arrogirenden, arrogirt werden zu wollen, nicht die Wirkung der Arrogation. Wird die Einwilligung des Regenten zu diesen Willenserklärungen nachfolgend ertheilt, so datirt das Rechtsgeschäft vom Momente der Einwilligung des Regenten.

Dabei kann jedoch in Frage kommen, ob die vorher zwischen dem Arrogirenden und dem in die väterliche Gewalt zu Gebenden, bez. dessen Vertreter, abgegebenen Willenserklärungen nicht die Kraft haben, beide Theile für den Fall der Ertheilung der landesherrlichen Einwilligung zu binden. Diese Frage ist dann zu bejahen, wenn die Absicht der Parteien darauf gerichtet war, eine solche Verbindlichkeit zu erzeugen. Dies wird sich nach den Umständen des einzelnen Falles ohne Schwierigkeit beurtheilen lassen. Im Bejahungsfalle würde diese Verbindlichkeit als ein pactum de arrogando erscheinen und den beliebigen Rücktritt der beiden Theile bis zur Ertheilung der Einwilligung des Regenten ausschließen.

Die Veräußerung von Mündelgut ohne obrigkeitliche Erlaubniß hatte wahrscheinlich für das ältere Recht Nichtigkeit des ganzen Geschäftes zur Folge[3]), in der Art, daß auch das obligatorische Geschäft ganz nichtig war und beide Theile zurücktreten konnten[4]).

Im justinianischen Recht sind die Verträge an und für sich nicht nichtig. Darauf deutet

l. 9 Cod. de praed. et aliis etc. 5, 71,

welche von einer Rescission des Kaufvertrags spricht.

Seit der Erlassung der l. 3 Cod. Si major factus. 5, 74, kann aber weder das Veräußerungsgeschäft, noch die Veräußerung selbst als absolut nichtig angesehen werden. Denn dieses Gesetz bestimmt, daß die Veräußerung vollen Rechtsbestand erhalte und nicht mehr angefochten werden könne („minime retractari"), wenn während fünf Jahren nach er-

---

[1]) § 1 I. de adopt. 1, 11. l. 2 D. h. t. 1, 7. l. 2. 6. 8. C. h. A. 8, 48.

[2]) L. 1 § 2. l. 3 § 4, 5 D. de rebus eorum, qui 27, 9. l. 25 Cod. de praediis et aliis rebus minorum etc. 5, 71. Die Regel, daß obervormundschaftliche Erlaubniß erforderlich ist, erleidet einige Ausnahmen bezüglich der Veräußerung nicht brauchbarer oder zur Aufbewahrung nicht geeigneter Sachen: l. 22 i. f. Cod. de praed. et aliis rebus 5, 71. l. 4 Cod. quando decreto non opus est 5, 72, bei Veräußerung von Früchten: l. 28 § 5 Cod. de admin. 5, 37, und jährlichen, nicht über 2 Jahre rückständigen Einkünften: l. 27 Cod. eod.

[3]) l. 5 § 15 D. de reb. eor. qui 27, 9.

[4]) Es ist dies nicht ganz unzweifelhaft wegen l. 3 C. Th. de contr. emt. 3, 1. Vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I. S. 26 N. 14.

langter Volljährigkeit der frühere Minderjährige das Geschäft nicht widerrufe. Bei Schenkungen wird ausnahmsweise ein 10-, bez. 20jähriger Zeitraum (für Abwesende) verlangt. Ein Rechtsgeschäft, welches durch Nichtwiderruf während eines bestimmten Zeitraumes vollgiltig wird, kann man nicht als absolut nichtig bezeichnen; denn ein solches Geschäft ist nicht ohne rechtliche Wirkung. Absolut nichtig ist aber nur dasjenige Geschäft, welches gar keine rechtliche Wirkung genießt.

Das Veräußerungsgeschäft ist vielmehr in seiner Totalität lediglich durch einfache Willenserklärung anfechtbar, oder nur relativ nichtig[5]).

Was nun die Einwirkung nachfolgender obrigkeitlicher Einwilligung betrifft, so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

Es kann erstens sein, daß das Veräußerungsgeschäft von den Parteien vorbehaltlich der Einholung des obrigkeitlichen Consenses abgeschlossen wird. Dann liegt ein pactum de contrahendo oder de alienando vor, welches beiden Theilen den Rücktritt bis nach der Entscheidung darüber, ob das Dekret verweigert oder ertheilt wird, abschneidet[6]).

Hier ist die Absicht der Parteien darauf gerichtet, daß das Veräußerungsgeschäft selbst erst mit dem obrigkeitlichen Dekret ins Leben treten soll. Das Geschäft trägt sonach das Datum des obrigkeitlichen Dekretes; nicht das Datum des pactum de contrahendo, so wenig wie das Darlehen, das in Folge eines pactum de mutuo dando gegeben wird, das Datum des letzteren Vertrages trägt. Eine andere Wirkung des obrigkeitlichen Consenses würde der Absicht der Parteien direkt entgegen laufen.

Zweitens ist es möglich, daß die contrahirenden Parteien die Absicht hatten, das Rechtsgeschäft, welches die Veräußerung in sich schließt, solle sofort perfekt werden ohne Rücksicht auf den obrigkeitlichen Consens. Inwiefern hiebei der Verkäufer dem Käufer wegen dolus haftet, ist eine Frage, deren Beantwortung nicht hier einschlägt. Es fragt sich nur, welche Wirkung hat in diesem Falle die nachträgliche Consensertheilung der Obrigkeit?

---

5) Gegen diese Annahme kann man nicht diejenigen Stellen aufführen, welche die Vindikation des veräußerten Gutes für zulässig erklären; denn auch die Annahme relativer Nichtigkeit oder vermittelst einfacher Willenserklärung vollziehbarer Anfechtbarkeit führt dazu, daß der Mündel vindiciren kann.

6) Ihering erörtert in den Jahrb. f. Dogm. I. S. 300 die Frage, ob die Zulassung solcher pacta de contrahendo vom legislativ politischen Standpunkt aus zu empfehlen sei. Im gemeinen Recht sind sie nicht verboten; ihre Giltigkeit ist sonach zweifellos.

Außer Zweifel ist, daß das Geschäft nach Ertheilung dieses Consenses vollkommen zu Recht besteht. Von welchem Momente an aber datirt dies Veräußerungsgeschäft, von dem der Consensertheilung an oder von dem Zeitpunkt des Abschlusses? Eine Quellenentscheidung liegt nicht vor. Vor Allem ist hier zu constatiren, daß in diesem Falle die Rückdatirung dem Willen der Contrahenten nicht, wie im vorigen Falle, widerspricht; denn diese wollten ja die frühere Geltung. Würde das Veräußerungsgeschäft absolut nichtig sein, so müßten wir dessenungeachtet uns dafür entscheiden, daß das Geschäft das Datum des obervormundschaftlichen Dekretes trägt. Da jedoch nach justinianischem Recht das Veräußerungsgeschäft nicht absolut nichtig ist, wie wir bereits gesehen haben, sondern nur relativ nichtig (bez. anfechtbar), so müssen wir den Schluß ziehen, daß die Ertheilung der nachträglichen Einwilligung der Obrigkeit als Wegfall des Grundes der relativen Nichtigkeit bez. Anfechtbarkeit zu erachten ist, daß darum das Geschäft von Anfang an convalescirt und das Datum nicht des Dekretes, sondern des Abschlusses trägt [7].

Hiemit stimmt auch überein, daß im Falle der Bestätigung eines solchen Veräußerungsgeschäftes durch den volljährig gewordenen Mündel das Geschäft vom Abschlußzeitpunkt an rückwärts vollgiltig wird, was in der cit. l. 3 Cod. ganz ausdrücklich gesagt wird. Es läge offenbar eine Inconsequenz darin, der Bestätigung des Mündels eine weiter gehende Wirkung — denn als solche muß die Rückwirkung erachtet werden — zuzuschreiben, als dem nachfolgenden obrigkeitlichen Dekret.

In deutschen Partikularrechten und neueren Gesetzgebungen ist für andere Rechtsgeschäfte das Erforderniß gerichtlichen Consenses aufgestellt. Ich erinnere an die Erbverträge [8]) und Einkindschaftungen [9]). Dann sind im Vormundschaftsrechte mancher neueren Gesetze neben den Veräuße-

---

[7]) Nicht hiemit übereinstimmend sind die Resultate, zu denen Ihering a. a. O. S. 301 gelangt; derselbe geht übrigens davon aus, daß die ohne Dekret geschlossenen Veräußerungsgeschäfte (absolut) nichtig seien. Von welch großer praktischer Bedeutung übrigens die Sache sein kann, beweist das bei Ihering a. a. O. S. 302 angeführte Beispiel: Ein Minderjähriger, der kurz vor der Grenze der Volljährigkeit steht, verkauft mit Zustimmung des Curators eine unbewegliche Sache. Das decretum de alienando trifft erst ein, nachdem er volljährig geworden war. Der Kaufvertrag ist nun der Art, daß Restitution dagegen möglich ist. Die Ertheilung derselben hängt davon ab, ob der Abschluß des Vertrages in die Zeit der Minderjährigkeit oder Volljährigkeit zu verlegen ist. Ihering erklärt nach den oben erwähnten Resultaten die Restitution für unzuläßig. Nach den im Text gegebenen Regeln muß sie ertheilt werden.

[8]) Mittermaier d. Pr.-R. II. § 453 Note 25.

[9]) Mittermaier a. a. O. II. § 370 N. 11, 12.

rungsgeschäften auch andere Rechtsgeschäfte als der obrigkeitlichen Erlaubniß bedürftig erklärt[10]).

Wie es in diesen und ähnlichen Fällen bezüglich der Wirkung nachfolgender Consensertheilung zu halten, hängt von der Vorfrage ab, ob das betr. Geschäft ohne Dekret absolut nichtig ist oder nicht. Im ersteren Fall ist das Datum des Dekrets, im letzteren jenes des Abschlusses das maßgebende.

§ 18.

B. Nachfolgende Einwilligung von Privatpersonen.

Die Befugniß, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, ist beschränkt durch die Nothwendigkeit, die Einwilligung einer andern Privatperson zu erholen, entweder aus subjektiven in der Person des Handelnden liegenden Gründen, oder aus objektiven Gründen d. h. wegen Mangels der Fähigkeit, über das Objekt des Rechtsgeschäftes zu verfügen.

1. Aus subjektiven Gründen.

a) Curatelmäßige Personen.

Willensfähige Personen können unter Vormundschaft gestellt werden wegen jugendlichen Alters, wegen Verschwendung[1]) oder wegen durch Krankheit oder sonstige Zustände (hohes Alter rc.)[2]) veranlaßter Ungeschicktheit zur Vermögensverwaltung. Der Fall der Vormundschaft wegen jugendlichen Alters ist als Normalfall zuerst zu behandeln.

Die Römer unterschieden in dem Zwischenraum, der zwischen erlangter Willensfähigkeit, dem siebenten Jahre, und der Volljährigkeit, dem

---

[10]) Vgl. preuß. L.-R. Th. II. Tit. 18 §§ 238. 268. 440. 550. 660.

Aelterer sächs. Entw. §§ 1409. 1616. 1618. 1625—28. 1630. 1631. 1648. 1650. 1652. 1682.

Bürgerl. Gesetzb. f. das Königreich Sachsen. §§ 1867. 1870. 1917. 1919. 1921. 1924. 1925. 1931—1933. 1938. 1941—44. 1946. 1955. 1962. 1963. 1969.

[1]) Bezüglich der Wirkung der Prodigalitätserklärung sagt Brinz Pand. S. 45, 46: „Dem Verschwender wird durch die Interdiktion nicht nur die Dispositionsbefugniß, sondern auch heute noch ein Stück Rechtsfähigkeit genommen. Vgl. v. Savigny Syst. III. S. 88.

[2]) In Bayern wird den zur Todes- oder Zuchthausstrafe Verurtheilten die Verwaltung ihres Vermögens entzogen und einem Curator übertragen. Bay. St.-G.-B. von 1861. Art. 32.

fünfundzwanzigsten Lebensjahre, liegt, zwei Perioden, die der Impubertät und jene der Pubertät. Diese beiden Perioden behandeln sie nach verschiedenen Grundsätzen. Der minor impubes, welcher nicht in väterlicher Gewalt steht, oder, falls er in solcher steht, ein selbstständiges Vermögen hat, muß einen Tutor erhalten. Ohne dessen Mitwirkung kann er erwerben, aber nicht verlieren d. h. seine rechtliche Lage nicht verschlechtern. Jedes darauf gerichtete Geschäft ist ungiltig[3]). Die Mitwirkung des Tutor, tutoris auctoritas oder auctoritatis interpositio genannt, muß dem betreffenden Rechtsgeschäfte zeitlich beigeordnet sein. Sie kann nicht nachfolgen:

§ 2. I. de auct. 1, 21:

„Tutor autem statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero vel per epistolam interposita auctoritas nihil agit.“ [4]).

Die Einwilligung des Tutor, die einem derselben bedürftigen Rechtsgeschäfte des Geschlechtsunreifen nachfolgt, vermag also nicht, dem Rechtsgeschäfte des Pupillen Bestand zu verschaffen. Hat der Pupill ein Rechtsgeschäft vorgenommen, zu welchem tutoris auctoritas erfordert wird, so ist dasselbe ungiltig. Allerdings kann der Tutor den faktischen Inhalt dieses Rechtsgeschäftes zum Gegenstand eines neuen mit auctoritas vorzunehmenden Geschäftes machen; aber hiebei muß die Thätigkeit des Pupillen, soweit solche nöthig ist[5]), sich wiederholen. Dann aber liegt eine Wiederholung des Rechtsgeschäftes und keine Willenserklärung vor, die man mit der Bezeichnung „nachfolgende Einwilligung“ belegen könnte.

Der Grund, warum eine nachfolgende Auctoritas des Tutor von den Römern in keiner Weise anerkannt wird, ist zweifelsohne in der formellen Natur dieses Aktes gelegen, welche allem Anschein nach im just. Recht noch fortbestand.

Der geschlechtsreife Minderjährige bedarf nach römischem Recht keines Vormundes; er kann jedoch einen solchen bekommen. Der Vor-

---

[3]) pr. § 1. I. de auct. 1, 21. l. 9 pr. § 4 D. de auct. 26, 8. l. 11 D. de a. r. d. 41, 1.

[4]) Vergl. a. a. l. 9 § 5 D. de auct. tut. 26, 8. l. 25 § 4 D. de a. v. o. h. 29, 2.

[5]) Die Mitwirkung des über die Grenze der infantia geschrittenen impubes ist nöthig zu denjenigen Geschäften, bei welchen die altrömische Unzulässigkeit jeder Stellvertretung noch später beibehalten wird, so bei Manumission von Sclaven: l. 6 Cod. qui manum. 7, 11; zur Bestellung eines Prozeßprokurators: l. 1 Cod. de procur. 2, 13; zum Antritt einer Erbschaft: l. 5 C. de jure delib. 6, 30; zu einer Restitution aus dem Trebellianischen Senatusconsult: l. 37 § 1 D. ad SC. Trebell. 36, 1; zu Stipulationen: l. 9 pr. D. de admin. et peric. 26, 7.

mund des Geschlechtsreifen ist nicht Tutor, sondern Curator; seine Stellung ist in vieler Hinsicht verschieden von der des Tutor. Seine Mitwirkung heißt nicht auctoritas, ist kein actus legitimus, an keine Formalien gebunden, sondern ein formloser Akt, von den Römern consensus curatoris genannt. Die Mitwirkung des Curators ist erforderlich zu jeder Prozeßführung [6]), zur Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias [7]), zu allen eine Veräußerung enthaltenden Rechtsgeschäften [8]), nach der Annahme vieler Rechtslehrer [9]) auch zur Uebernahme von Verpflichtungen überhaupt. Die Zustimmung des Curators muß nicht wie jene des Tutor gleichzeitig mit dem betr. Geschäfte erfolgen, sie kann vorausgehen und kann schriftlich ertheilt werden. Sie kann auch dem Geschäfte nachfolgen [10]), dann erscheint sie als nachfolgende Einwilligung. Es fragt sich, was ihre rechtliche Bedeutung und Wirkung?

Es sind folgende Fälle zu unterscheiden: Erstens es ist möglich, daß der Minderjährige das Rechtsgeschäft, zu dem er die Zustimmung des Curators bedarf, nur vorbehaltlich dieses Consenses abschloß. In diesem Fall liegt nach Absicht der Parteien ein pactum de contrahendo vor; das abzuschließende Geschäft soll nach ihrer eigenen Absicht erst perfekt werden mit der Consensertheilung. In diesem Falle wird daher das Geschäft zweifellos vom Momente der Consensertheilung das Datum tragen.

Auf der andern Seite kann es vorkommen, daß der Minderjährige ein consensbedürftiges Rechtsgeschäft wirklich abschließen will ohne den Vorbehalt der Consensertheilung. Welches ist in diesem Falle die Wirkung nachfolgender Einwilligung des Curators? Die Entscheidung hängt offenbar von der Vorfrage ab: Ist das consensbedürftige, ohne Erholung des Consenses geschlossene Rechtsgeschäft absolut nichtig oder nicht? A priori ist es denkbar, daß eine Gesetzgebung das eine wie das andere System adoptirt. Was nun das justinianische Recht anlangt, so sind die Quellenzeugnisse in dieser Beziehung ganz außerordentlich mangel-

---

6) L. 2 Cod. qui leg. pers. 3, 6. l. 1 Cod. qui dare tut. 5, 34,

7) L. 28 Cod. de jure dot. 5, 12.

8) L. 3 Cod. de i. i. r. min. 2, 22.

9) Z. B. Mühlenbruch Lehrb. § 191, N. 5; Puchta Inst. II. § 202, N. aa, Pand. § 51 N. d; Arndts Pand. § 452; Sintenis Pr. C.-R. III. § 145 N. 1; Seuffert Pand. § 257, 492.

10) Es ist eigenthümlich, daß dies in den Quellen nirgends ausdrücklich gesagt wird. Dessenungeachtet darf es nicht bezweifelt werden und ist auch von den Rechtslehrern allgemein anerkannt. Vgl. z. B. Puchta Vorlesungen I. § 51 N. 113 Beil. II. S. 460; Arndts Pand. § 452; Windscheid Pand. II. § 443 ad n. 3.

haft[11]). Gewiß scheint mir nur so viel zu sein, daß zweiseitige Rechtsgeschäfte, aus welchen der Minor sowohl berechtigt wie verpflichtet werden will, nicht absolut nichtig sind. Dies schließe ich daraus, daß auch das zweiseitige Geschäft des Pupillen nicht absolut nichtig ist, sondern den Gegentheil bindet.

pr. I. de auct. tut. 1, 21.
l. 5 § 1 D. de auct. tut. 26, 8.
l. 13 § 29 D. de a. e. v. 19, 1.
l. 7 § 1 D. de resc. vend. 18, 5.

Da nun das Geschäft des Geschlechtsreifen auf keinen Fall weniger Kraft haben kann als das Geschäft des Geschlechtsunreifen, so ergibt sich daraus, daß das zweiseitige Geschäft des minor pubes nicht absolut nichtig genannt werden darf.

Bestätigt wird dies durch l. 3 C. Si major factus. 5, 74, insofern aus diesem Gesetze gefolgert werden muß, daß Veräußerungsgeschäfte der minores nicht absolut nichtig sind[12]).

Da das formale Element, welches das Nachfolgen der tutoris auctoritas unmöglich macht, bei dem consensus curatoris nicht besteht, so wird man zu dem Schlusse berechtigt sein, daß die nachträgliche Ertheilung des vormundschaftlichen Consenses in allen diesen Fällen als ein Wegfallen des Anfechtbarkeitsgrundes zu betrachten ist und darum das Rechtsgeschäft, welches von Anfang an eine, wenn auch problematische, rechtliche Existenz hatte, als von Anfang an giltig erscheint, auch vom Momente des Abschlusses datirt.

Zweifelhaft bleiben sonach die einseitig den Minor verpflichtenden, sowie solche Geschäfte, die außerhalb des Obligationenrechtes liegen; z. B. Erbantretung. Vorausgesetzt, daß man überhaupt die Einwilligung des Curators für nöthig hält[13]), wird die Erwägung, daß das Interesse des Curanden durch die Consensertheilung vollständig gewahrt erscheint, und daß die Rückwirkung auf jeden Fall dem Willen der Autoren ent-

---

[11]) Dieser Mangel an Beweisstellen wird ausdrücklich constatirt von Jhering a. a. O. I. S. 298.

[12]) Ein schwaches Argument gegen die absolute Richtigkeit des Verkaufs liegt auch in l. 9 Cod. de praed. vel al. 5, 71, wo von einer „rescissa venditio" gesprochen wird; ferner in l. 3 C. de i. i. r. min. 2, 22; wo gesagt wird, der Minor müsse den Vertrag nicht halten.

[13]) S. o. Note 9.

spricht, dazu führen, auch in diesen Fällen mit der nachträglichen Consensertheilung rückwirkende Kraft zu verbinden [14]).

Hiebei ist jedoch stets zu berücksichtigen, daß inzwischen erworbene Rechte dritter Personen durch die Rückwirkung nie beeinträchtigt werden können.

Soweit das römische Recht.

In Deutschland hat das römische Vormundschaftsrecht eingehende Modificationen erfahren und zwar nach zwei Richtungen: Erstens ist der Unterschied zwischen geschlechtsunreifen und geschlechtsreifen Minderjährigen weggefallen, seitdem durch deutsche Reichsgesetze [15]) auch für die Geschlechtsreifen die Nothwendigkeit eines Vormundes statuirt ward [16]). Zweitens fielen alle Beschränkungen der Stellvertretung, welche das justinianische Recht noch beibehalten hatte, hinweg, und damit die Nothwendigkeit einer Cumulation der vormundschaftlichen Thätigkeit mit der des Mündels. In Folge dessen ist h. z. T. der Grundsatz anerkannt, daß der Vormund für den geschlechtsunreifen wie für den geschlechtsreifen Mündel alle Rechtsgeschäfte mit der Wirkung vollziehen kann, daß solche wie vom Mündel ausgehend betrachtet werden [17]).

In Folge der angedeuteten Verschmelzung wurde der minor pubes in Bezug auf Handlungsfähigkeit dem impubes völlig gleichgestellt, so daß h. z. T. für die ganze Dauer der Minderjährigkeit die römischen Regeln über die Handlungsfähigkeit des Pupillen gelten.

Eine Consequenz der zweiten Aenderung ist, daß die Handlungen des minor pubes, wenn sie überhaupt, was selten ist, noch vorkommen, einiger Maßen in den Hintergrund gedrängt werden [18]).

---

[14]) Wenn also der minor pubes eine Antretung der bonorum possessio vor Ablauf der 100tägigen Frist vornahm, so gilt solche, falls der Curator nach dieser Frist consentirte. Ebenso kann die Prozeßführung eines minor pubes durch nachträglichen Consens giltig werden.

[15]) Reichspolizeiordnung von 1549 Tit. 31 § 1 u. v. 1577 Tit. 32 § 1.

[16]) Diese Ansicht, welche trotz namhafter Andersmeinenden als die herrschende bezeichnet werden muß, wird u. A. vertreten von Kraut Vormundschaft II. S. 97 ff. Savigny vermischte Schriften II. S. 292. Seuffert Pand. 257. 502. Gerber deutsches Pr.-R. § 16. Bluntschli d. Pr.-R. § 244. Arndts Pand. § 452 A. 1. In der Praxis ist sie stets herrschend gewesen. Vgl. Seuffert Arch. II. 270. III. 311. XI. 25. XIII. 241. Schon ältere deutsche Partikulargesetzgebungen haben dieselbe zum Gesetz erhoben, z. B. die fränkische Landgerichtsordnung III. 2. Cod. Max. Bav. I. 7. § 36 Nr. 2. Cursächs. Vormundschafts-Ordnung v. 1782 c. 3 § 1.

[17]) Vgl. über diesen Grundsatz z. B. Glück Pand. Comm. 33. Bd. S. 477 ff. Kraut Vormundschaft II. S. 115.

[18]) Vgl. Kraut a. W. II. S. 115. Sintenis Pr. C.-R. III. S. 179 u. 180. Windscheid Pand. II. § 442.

Endlich ist heutzutage die formale Natur der tutoris auctoritas nicht mehr gänzlich beseitigt und ist sonach das Hinderniß, welches im röm. Recht jede nachfolgende Einwilligung des Tutor überhaupt unmöglich machte, hinweggefallen [19]).

Für die Behandlung der nachfolgenden Einwilligung des Vormundes zu einem consensbedürftigen Rechtsgeschäfte des Mündels ergibt sich hienach Folgendes. Das Nachfolgen der Einwilligung des Vormundes ist für die ganze Zeit der Willensfähigkeit, also vom 7. bis vollendeten 25. Jahre, keine principielle Unmöglichkeit mehr, weil der formale Charakter der auctoritas tutoris nicht mehr existirt [20]).

Rückwirkende Kraft muß die nachträgliche Ertheilung der Einwilligung haben, wo das Rechtsgeschäft des Mündels nicht absolut nichtig ist, also jedenfalls bei allen zweiseitigen Verträgen. Für alle diejenigen Fälle, wo das römische Recht die absolute Nichtigkeit des ohne Tutor vorgenommenen Geschäftes des Pupillen statuirt (es sind das alle jene Geschäfte, durch welche er seine Lage verschlechtert, mit Ausnahme der zweiseitigen), ist die weitere Frage aufzuwerfen, ob nicht diese absolute Nichtigkeit gerade eine Folge der Unmöglichkeit nachkommender tutoris auctoritas war. Meines Erachtens ist diese Frage zu bejahen; denn abgesehen von der traditionellen Formalität der tutoris auctoritas ist kein Grund ersichtlich, warum man in einer Zeit, in der einmal der Mündel als willensfähig angenommen wird, noch einen Unterschied der angegebenen Art statuiren sollte. Ich glaube hienach, daß man zwar die Frage, ob Mitwirkung des Vormunds erfordert wird, nach den römischen Regeln für die Impubertät zu beantworten hat, daß jedoch in allen den Fällen, in welchen hienach Mitwirkung des Vormunds vorgeschrieben ist, auch eine nachfolgende Mitwirkung in der Gestalt nachfolgender Einwilligung mit rückwirkender Kraft statthaben kann [21]).

Die praktische Bedeutung dieses Resultates ist insoferne nicht sehr wichtig, weil, wie wir bereits anführten, das eigene Handeln des Mündels

---

[19]) Vgl. Kraut a. W. II. S. 114.

[20]) Gregory macht sich des groben Versehens schuldig, daß er den Unterschied zwischen cura und tutela gar nicht berührt und einfach die Regel der Tutel, wie sie in § 2 Inst. h. t. gegeben ist, für die ganze Zeit der Vormundschaft anwendet.

[21]) Diese Ansicht wird vertreten von Kraut a. W. II. S. 114 ff. Wer, wie Rudorff Vormundsch. I. S. 114 ff., Brinz Pand. S. 45, Windscheid Pand. I. § 71 N. 9, noch den Fortbestand des römischen Unterschiedes zwischen Vormundschaft über minores impuberes und puberes annimmt, kann mit diesem Resultate nicht einverstanden sein, sondern wird wahrscheinlich für die Zeit der Impubertät die Unzulässigkeit jeder nachfolgenden Einwilligung des tutor behaupten müssen.

h. z. T. selten vorkommt; man kann jedoch weder hieraus, noch aus der unleugbaren Thatsache, daß beim Zusammentreffen des eigenen Handelns des Mündels mit dem Handeln des Vormunds die Thätigkeit des ersteren bedeutungslos ist, die Folgerung ziehen, daß im Falle des selbstständigen Handelns des Mündels die obige Regel unanwendbar sei[22]).

Nicht ohne Bedeutung für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht ist die Erscheinung, daß in neueren Gesetzgebungen die ohne Consens geschlossenen Geschäfte der Curanden geradezu als anfechtbar bezeichnet werden[23]).

Nach Analogie der Vormundschaft über Minderjährige (und zwar wenn man bezüglich dieser noch den röm. Unterschied gelten läßt — der cura puberum) sind zu behandeln die cura prodigi und sonstige Curatelen über willensfähige Personen. Daher gelten hier dieselben Grundsätze über nachfolgende Einwilligung des Curators.

§ 19.

b) Väterliches Gewaltverhältniß.

In Folge der väterlichen Gewalt hat der Vater ein Anrecht auf die Vormundschaft über sein Kind, falls dieses eines Vormundes bedarf. Dann gelten für ihn die Grundsätze der Vormundschaft; daher für seine nachfolgende Einwilligung die bereits entwickelten Regeln.

Abgesehen hievon ist der Haussohn zwar in seiner Vermögensfähigkeit beschränkt, aber bezüglich seiner Rechtsgeschäfte im Allgemeinen nicht

---

22) Sintenis a. W. III. S. 181. 182. 183 u. Noten hiezu vertritt die Ansicht, daß im Falle nachfolgender Einwilligung des Vormundes die frühere Thätigkeit des Mündels bedeutungslos sei, und darum das Geschäft erst mit dem Eintritte des Vormundes geschaffen werde, auch vom letzteren Zeitpunkt datire. Diese Ansicht muß insolang als irrig betrachtet werden, als Sintenis uns nicht die absolute Nichtigkeit jedes consensbedürftigen Geschäftes bewiesen hätte; so lange aber der Gegentheil auch durch ein ohne Consens geschlossenes Kaufgeschäft gebunden ist, und dies wird nach den Quellen kaum zu bezweifeln sein, ist seine Voraussetzung falsch.

23) Bayer. Entw. I. Th. Art. 4. „Minderjährige über acht Jahren, sowie Großjährige, welche in elterlicher Gewalt oder in einer Pflege stehen, können durch ihre Rechtsgeschäfte Rechte erwerben. Zu Veräußerungs- oder Verpflichtungsgeschäften bedürfen sie der vorschriftsmäßigen elterlichen oder pflegschaftlichen Einwilligung oder Genehmigung. „Haben sie ohne dieselbe Veräußerungen oder Verpflichtungen eingegangen, so sind diese Geschäfte, vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Bestimmungen, zu ihren Gunsten anfechtbar." Aehnlich der Entw. eines gemeins. Gesetzes über Schuldverhältnisse: Art. 21. u. Sächs. Gesetzbuch: Art. 787.

an des Vaters Einwilligung gebunden. Soweit er Vermögen hat, kann er veräußern, er kann sich unbedingt verpflichten.

Diese Regel erleidet folgende Ausnahmen:

1. Der Haussohn bedarf der Einwilligung seines Vaters zur Aufnahme eines Darlehens. Das ohne dessen Einwilligung contrahirte Darlehen ist insofern von mangelhaftem Bestande, als dem Sohne die exceptio Senatusconsulti Macedoniani gegen die Darlehensklage zusteht und er solcher Gestalt der Klage ausweichen kann. Was hat die nachfolgende Einwilligung des Vaters zum Darlehen für eine Wirkung? Da das Senatusconsult lediglich Anfechtbarkeit, nicht Nichtigkeit der Darlehensobligation als Folge der Nichterholung der väterlichen Einwilligung statuirt, auch die obligatio mit der stärksten Wirkung einer naturalis obligatio fortbestehen läßt[1]), so muß die nachfolgende väterliche Einwilligung die Folge haben, daß das Anfechtungsmittel i. e. die exceptio Scti Macedoniani wegfällt, und die ohnehin von Anfang an nicht ganz ungiltige Darlehensobligation völlig rechtskräftigen Bestand erhält.

Dies ist ausdrücklich ausgesprochen in l. 7 pr. Cod. ad SC. Maced. 4, 28. (Justinianus):

Si filius familias citra patris jussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum contractum habuerit, veterum ambiguitates decidentes sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandatu filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse hujusmodi contractum, quum testimonium respuere paternum satis iniquum est. Necesse est enim patris ratihabitionem vel principali mandato patris vel consensui non esse absimilem, quum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahitur et confirmat ea, quae ab initio subsecuta sunt.

2. Zu Veräußerungen aus dem adventicischen Vermögen bedarf das Hauskind der väterlichen Einwilligung.

l. 8 § 5 Cod. de bonis, quae liberis in potestate constitutis ex matrimonio vel aliter acquiruntur, et eorum administratione. 6, 61.

Filiis autem familias in his duntaxat casibus, in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus, nec citra voluntatem eorum, quorum

---

1) Vgl. z. B. l. 9. § 4. l. 10. D. ad SC. Maced. 14, 6. l. 2 Cod. h. t. 4, 28.

in potestate sunt, ulla licentia concedenda, dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecae titulo dare, vel pignori assignare etc. etc.

Nach Analogie der Veräußerungsgeschäfte der Minderjährigen wird man annehmen müssen, daß die gegen dies Gesetz verstoßenden Veräußerungsgeschäfte nicht absolut nichtig sind, indem der Erwerber, im Falle der Veräußerer nur seine Verbindlichkeit erfüllt, gewiß nicht zurücktreten kann. Wird daher die nachträgliche Einwilligung zu dem Geschäfte ertheilt, so erscheint dasselbe als von Anfang giltig und datirt von der Zeit des Abschlusses.

c. Elterliches Verhältniß.

Die elterliche Einwilligung ist h. z. T. für die Kinder zur Eheschließung nothwendig. Nach röm. Recht war blos für den Haussohn der väterliche Consens nöthig, für den emancipatus nicht.

l. 2 D. de ritu nupt. 23, 2. (Paulus):

Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coëunt, quorumque in potestate sunt.

l. 25 D. eod. (Modestinus):

Filius emancipatus etiam sine consensu patris uxorem ducere potest, et susceptus filius ei heres erit.

Vgl. l. 19. 34 pr. 35 D. eod. l. 5 C. h. t. 5, 4.

Der väterliche Consens muß vorhergehen:

pr. I. de nuptiis 1, 10:

„Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coëunt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotentes, sive patresfamilias sint, sive filiifamilias, dum tamen filiifamilias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet, in tantum, ut jussus parentis praecedere debeat.“

Die Ehe des Haussohns ist also, wenn ohne elterliche Einwilligung geschlossen, nichtig[2]). Folgt diese Einwilligung nach, so wird die Ehe giltig, aber erst vom Momente der Consensertheilung an.

---

[2]) Daher kann der Mann die Frau, welche er ohne solche Einwilligung heirathete, nicht des Ehebruchs anklagen: l. 13 § 6 D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5.

l. 68 D. de jure dotium 23, 3. (Papinianus):

Dotis promissio non ideo minus valebit, quod ignorante initio patre nuptiae non[3]) fuerint, si postea consenserit, quum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat.

l. 8[b] Cod. de nuptiis 5, 4. (Gordianus):

Manifestum est, nuptiis contra mandata contractis, dotem, quae data illo tempore, quum traducta est, fuerat, juxta sententiam Divi Severi fieri caducam, nec si consensu postea coepisse videatur matrimonium, in praeteritum commisso vitio potuit mederi[4]).

Daher bleiben die in einer ohne väterlichen Consens geschlossenen Ehe erzeugten Kinder unehelich, auch wenn durch den Tod des Vaters die Nothwendigkeit des Consenses weggefallen ist:

l. 11 D. de statu hom. 1, 5. (Paulus):

Paulus respondit, eum, qui vivente patre et ignorante de conjunctione filiae conceptus est, licet post mortem avi natus sit, justum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri.

In Deutschland trat an die Stelle des Consenses des Vaters zu der Ehe des Hauskindes allgemein die elterliche Einwilligung[5])[6]). Von Seite der katholischen Kirche wurde jedoch diese Einwilligung unter Betonung des sakramentalen Charakters der Ehe nicht absolut zum Zustandekommen der Ehe erfordert, vielmehr der Grundsatz durchgeführt, daß auch ohne die elterliche Einwilligung die Ehe zu Recht bestehe.

Conc. Trident. Sess. 24. c. 1. de refut. matrimon.[7])

Da das kanonische Recht in Bezug auf die Ehe gemeines deutsches Recht ist, so ist die Ehe, die ohne elterlichen Consens geschlossen ward, gemeinrechtlich nicht als nichtig anzusehen, sondern als rechtsbeständig.

---

[3]) „Non“ omm. Hal. Statt non steht factae in der Vulg.

[4]) Ueber diese Constitution vgl. man die Noten in der Herrmann'schen Ausgabe des Codex. Nicht hierher gehört die von Gregory S. 53 cit. l. 13 pr. D. de his qui inf. not. 3, 2. Uebereinstimmend mit dem im Texte Vorgetragenen: Lasalle Syst. der erworbenen Rechte I. Bd. S. 328, 329. Gregory a. a. O. Letzterer behauptet freilich, daß der nachfolgende Eheconsens gar nicht unter den Begriff einer ratihabitio falle, weil er nicht rückwirke.

[5]) Mittermaier, d. P.-R. § 377, besonders N. 4.

[6]) Ob diese schon zu dem Verlöbniß erfordert wird? Dagegen Permaneder, Kirchen-Recht § 381 N. 14.

[7]) Schon früher wurde dieser Satz von katholischen Schriftstellern aufgestellt, vgl. schon Gratian zu c. 9. c. 30. qu. 5. Ein Verzeichniß dissentirender protestantischer Autoren s. b. Permaneder l. c. § 381.

Es versteht sich, daß von diesem Standpunkte aus die nachfolgende Einwilligung der Eltern ohne rechtliche Bedeutung ist.

Particulargesetze haben den Standpunkt des kanonischen Rechtes verlassen und die Nichtigkeit der Ehe wenigstens von Minderjährigen, welche des elterlichen Consenses entbehrt, ausdrücklich statuirt[8]). Dann muß die nachfolgende Einwilligung den oben entwickelten Grundsätzen des römischen Rechts gemäß behandelt werden.

§ 20.

2. Aus objektiven Gründen.

Wegen des Gegenstandes des Rechtsgeschäftes ist eine Einwilligung dritter Personen zu dem Rechtsgeschäfte nothwendig, sobald dieses eine Veräußerung eines Vermögensgegenstandes bezielt, welcher nicht im Vermögen des Handelnden ist. Die dritte Person, deren Einwilligung erforderlich ist, kann sein Eigenthümer, dinglich Berechtigter oder auch blos obligatorisch Berechtigter[1]). Der Normalfall ist der, wo Jemand über eine im fremden Eigenthum stehende Sache ein Veräußerungsgeschäft schließt und der Eigenthümer später zu diesem Geschäfte consentirt. Analog zu beurtheilen sind dann die Fälle, wo ein Inhaber eines veräußerlichen dinglichen Rechtes (einer Emphyteusis, Superficies) oder auch eines der Ausübung nach übertragbaren Usus fruktus zu dem Veräußerungsgeschäfte über ein solches Recht seine Zustimmung ertheilt, oder ein Forderungsberechtigter zu der Veräußerung (i. e. Cession oder Verpfändung) seines Forderungsrechtes nachträglich consentirt.

---

[8]) So das allg. bürgerl. Gesetzb. von Oesterreich: § 49. Code civil.: art. 148. Kursächs. Verordn. v. 31. Dezember 1746. Das Preuß. A. L.=R. Th. II. Tit. 1 § 45 bezeichnet dergleichen Ehen als „ungiltig" (vgl. a. § 46—50. 52—54. 56. 57. 67. 68. 10 11 ibid.), bestimmt jedoch in § 987 ibid. Folgendes: „Wird aber das Ehehinderniß in der Folge gehoben, so muß angenommen werden, daß die Ehe von Anfang an giltig gewesen sei". § 988. „Ist das Ehehinderniß von demjenigen, welcher dazu berechtigt ist, innerhalb der durch die Gesetze bestimmten Frist nicht gerügt, so wird dasselbe als aufgehoben angesehen". Aehnlich das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich: § 120. „Ist eine Ehe ohne die nothwendige Einwilligung der Eltern oder der Vormünder oder der Vormundschaftsbehörden oder vor erledigter gerichtlicher Einsprache abgeschlossen worden, so sind die zur Einwilligung oder zur Einsprache berechtigten Personen befugt, eine solche Ehe als ungiltig anzufechten, jedoch nur solange und soweit ihre Einwilligung nöthig und ihre Einsprache begründet ist, und nur sofern sie nicht vor oder bei der Trauung Gelegenheit zur Einsprache gehabt und diese unterlassen haben, sie somit verschwiegen oder nachher die Ehe ausdrücklich gebilligt oder während 6 Wochen stillschweigend zugelassen haben".

[1]) Man denke an Cession einer fremden Forderung.

Was hat der nachträgliche Consens in diesen Fällen für eine Bedeutung bez. Wirkung?

Zur Betrachtung wählen wir folgendes Beispiel: A verkauft die Sache des B an X; B consentirt nachträglich. A hat bei dem Abschlusse dieses Geschäftes entweder die Absicht, die Geschäfte des B zu führen, oder er hat diese Absicht nicht.

I. Hat A diese Absicht, dann kann die nachfolgende Einwilligung des B zu der Veräußerung keinen andern Sinn haben, als die Genehmigung seiner Geschäftsführung. Es gelten daher bezüglich dieser Einwilligung und ihrer Wirkungen diejenigen Regeln, welche im vorstehenden Hauptstück bezüglich der Genehmigung einer neg. gestio entwickelt wurden. Je nachdem A offen als Stellvertreter des B aufgetreten ist oder aber das Veräußerungsgeschäft auf seinen, des A, Namen gestellt hat, kommt er durch die Einwilligung des B in ein Verhältniß eines offenen oder stillen Stellvertreters, wird ein direktes Rechtsverhältniß des B zu dem dritten Contrahenten durch die Genehmigung erzeugt, oder nicht. Unter den früher aufgestellten Modifikationen haben wir daher auch jene Fiktion der Rückwirkung der Veräußerung anzunehmen, wie wir sie bei der Genehmigung einer neg. gestio kennen lernten.

Dies unterliegt keinem Bedenken bezüglich derjenigen dinglichen Rechte, die ohne Tradition übertragen werden, und bezüglich der Cession von Forderungsrechten. Wenn A an meinem Grundstücke eine Servitut oder ein Pfandrecht bestellt, und ich genehmige, so wird vermöge jener Fiktion die Sache so behandelt, als ob ich zur Zeit des Vertragsabschlusses durch A dem Erwerber eine Servitut oder ein Pfandrecht bestellt hätte. Wenn A meine Forderung an X dem Y cedirt und ich genehmige dies, so bewirkt jene Fiktion, daß die Sache so behandelt wird, als hätte ich zur Zeit der Cession durch A die Cession vorgenommen bez. den A zur Cession beauftragt gehabt. Dies gilt auch für diejenigen Fälle, wo der Gestor nicht in meinem Namen handelte, weil ich auch durch einen sog. stillen Stellvertreter Rechte übertragen kann.

Dagegen bedarf es noch einer Betrachtung derjenigen Fälle, wo es sich um Veräußerung solcher dinglicher Rechte handelt, die nicht durch Vertrag allein übertragen werden können, sondern hiezu Tradition erfordern [Eigenthum, bestehende Emphyteuse[2]), bestehende Superficies[3]) [4])]. Wir wählen den Normalfall der Eigenthumsübertragung mit dem bereits

---

[2]) S. Windscheid Pand. I. § 221 N. 11. arg. l. 12 § 2 D. de Public. 6, 2.

[3]) Windscheid Pand. I. § 223 N. 15. arg. l. 1 § 7 D. de superf. 43, 18.

[4]) Selbstverständlich müssen diejenigen Schriftsteller, welche für Servitutenübertragung Tradition erfordern, solche hier einreihen.

mehrfach benützten Beispiel des Verkaufes zur Erörterung. Es ist möglich, daß A den Gegenstand bereits an X übergeben hat, ehe B, der Eigenthümer, einwilligte. Dann hatte B vor der Einwilligung die rei vindicatio gegen X. Daß in der Einwilligung des Eigenthümers dessen Wille liegt, sein Eigenthum auf X zu übertragen, ist außer Zweifel. Da aber Eigenthum nicht ohne Tradition übertragen werden kann, so fragt es sich, ob durch diese Einwilligung des Eigenthümers B jetzt X auch wirklicher Eigenthümer wird, oder ob X etwa nur durch Berufung auf seinen Autor, den Verkäufer, und durch dessen Prozeßbeistand sich eine exceptio doli gegen die Vindikation verschaffen kann. Letzteres hätte das Mißliche, daß für die weitere Succession, welche von X ausginge, höchst unsichere Rechtszustände geschaffen würden [5]). A wird aber wirklicher Eigenthümer, denn die frühere, damals allerdings unberechtigt vorgenommene Tradition wird vermöge der Fiktion des Mandates, einerlei ob sie Namens des Verkäufers oder Namens des Eigenthümers erfolgte, so angesehen, als ob sie von einem Bevollmächtigten des Eigenthümers ausgegangen wäre. Dies folgt mit Nothwendigkeit aus der allgemeinen Regel: „Ratihabitio mandato comparatur". Es sind hienach alle Erfordernisse zum Eigenthumsübergang auf X vorhanden.

Die andere Möglichkeit besteht darin, daß A, der Verkäufer, die Sache noch nicht an X tradirt hat. In diesem Falle ist die Eigenthumsübertragung gar nicht Gegenstand der Genehmigung, denn sie wurde von A gar nicht versucht, sondern die Einwilligung bezieht sich blos auf das obligatorische Verhältniß des Kaufvertrags und erzeugt lediglich für den Genehmiger die Verbindlichkeit, die Tradition zu bethätigen bez. Eigenthum zu übertragen. Der Berechtigte zu dieser Verbindlichkeit ist der Käufer, wenn der Kaufvertrag auf den Namen des Eigenthümers gestellt ward. War der Kaufvertrag auf den Namen des Verkäufers gestellt, dann kann eine Berechtigung des Käufers, vom Eigenthümer Tradition zu fordern, nie entstehen. Ein solches Forderungsrecht hat der Käufer lediglich gegen den Verkäufer. Dagegen hat der Verkäufer nach der Einwilligung selbst ein Recht darauf, daß ihm tradirt werde, damit er seiner Verbindlichkeit gegen den Käufer nachkommen kann. Die Richtigkeit dieser Sätze ergibt sich aus der Analogie des Mandates. Wenn ich Jemanden beauftrage, in meinem Auftrage einen Verkauf meiner Sache zu bethätigen, so hat nicht der Beauftragte, sondern nur der Käufer ein Forderungsrecht auf Tradition. Beauftrage ich dagegen Jemanden, einen

---

5) Es erscheint möglich, daß der Successor, welcher nur davon weiß, daß der ursprüngliche Verkäufer A nicht Eigenthümer war, sich in mala fide befindet und deßwegen weder ersitzen, noch die publicianische Klage gebrauchen kann.

Verkauf meiner Sache auf eigenen Namen zu bethätigen, so hat nicht der Käufer ein Klagerecht auf Tradition gegen mich, sondern lediglich der Beauftragte, von welchem dann der Käufer die Tradition fordern kann.

Es kann Jemand ein Veräußerungsgeschäft bezüglich einer fremden Sache oder Forderung vornehmen, *ohne die Absicht zu haben, Geschäftsführer des Eigenthümers zu sein.* Da ein solches Veräußerungsgeschäft seinem Gegenstande nach in den Geschäftskreis des Eigenthümers bez. Forderungsberechtigten fällt, so liegt ein Geschäft vor, welches objektiv als ein fremdes und zwar des Berechtigten erscheint. Von solchen Geschäften haben wir bereits im vorigen Papttheile gehört, daß derjenige, in dessen Geschäftskreis sie dem Gegenstande nach gehören, die Befugniß hat, sie, auch ohne daß der Autor derselben beabsichtigt, Geschäftsführer zu sein, so zu behandeln, als ob sie von einem in der Absicht der neg. gestio Handelnden vorgenommen wären. Ertheilt daher der Eigenthümer zu einer Veräußerung seines Rechtes bez. der Forderungsberechtigte zu einer Veräußerung seiner Forderung seine nachträgliche Einwilligung, so hat das keinen anderen Sinn, als daß er den Veräußerer, obwohl dieser nicht Geschäftsführer sein wollte, doch als solchen behandeln will, und es gelten daher für die Einwilligung und ihre Wirkung in diesem Falle dieselben Grundsätze, welche für die Genehmigung der Gestio gelten. Auch hier kann es vorkommen, daß der Veräußernde das Geschäft auf den Namen des Eigenthümers bez. Berechtigten gestellt hat, obwohl die Geschäftsschließung im eigenen Namen das bei Weitem Häufigere sein wird. In der Regel wird allerdings das Auftreten im fremden Namen auch einen Schluß auf die Absicht des Handelnden, Geschäftsführer zu sein, gewähren. Allein es kann Umstände geben, unter welchen selbst dieses Auftreten den Schluß nicht gewährt. Wenn z. B. der Knecht eines Bauern vor der Saatzeit dessen Pflug im Namen seines Dienstherrn verkauft, dann das Geld einsteckt und seinem Herrn davonläuft, so wird trotz des Geschäftsabschlusses im fremden Namen Niemand dem Knechte die Absicht der Geschäftsführung imputiren. Ertheilt in einem solchen Falle der Herr seine Einwilligung zu dem Verkaufe, so wird dadurch ein direktes Verhältniß zwischen ihm und dem dritten Contrahenten erzeugt, wie wenn er seinen Knecht zum Verkauf in seinem Namen beauftragt gehabt hätte.

Schließt derjenige, welcher ohne die Absicht der neg. gestio fremde Rechte veräußert, im eigenen Namen ab, dann wird durch die nachfolgende Einwilligung des Berechtigten lediglich zwischen Letzterem und dem Ver-

äußerer ein Rechtsverhältniß erzeugt, wie wir das bezüglich des Mandatars, der im eigenen Namen handelt, mehrfach besprochen haben.

Bezüglich des Ueberganges dinglicher Rechte, zu deren Erwerb Besitzübertragung erfordert wird, gilt im Falle der nicht geschäftsführenden Veräußerung das Nämliche, was bezüglich der geschäftsführenden gesagt ward. Auch hier ist zu unterscheiden, ob bereits Tradition vollzogen ist oder nicht. Im Fall vollzogener Tradition an den Erwerber wird diese Besitzübergabe in Folge der Mandatsfiktion als vom Eigenthümer bez. Berechtigten ausgegangen betrachtet.

Die Einwilligung ist hier, wie in den Fällen der neg. gestio ein einseitiges Rechtsgeschäft; der Veräußerer muß sich dieselbe gefallen lassen, ebenso wie der dritte Contrahent.

Hiebei ist jedoch zu bemerken, daß die Einwilligung selbst veranlaßt sein kann durch ein anderweitiges Rechtsgeschäft, welches vom Veräußerer mit dem Berechtigten geschlossen wird. Z. B. wenn A meine Sache an X verkauft hat, so kann es vorkommen, daß er mir dann, um die Unannehmlichkeit der Eviktion zu vermeiden, für meine Einwilligung eine Summe bietet, welche mir acceptabel erscheint, so daß ich meine Einwilligung gebe. Dieses Rechtsgeschäft stellt sich als Kaufgeschäft dar, welches die Veranlassung zur Einwilligung ist, und sich zu dieser etwa gerade so verhält, wie die sog. causa cessionis zur Cession. Gegenstand des Kaufes ist nicht die Einwilligung, sondern die in Folge der Einwilligung gegen den Veräußerer entstehende Klage aus dem Quasicontrakt der fingirten Gestio. Ebenso wie Kauf kann auch eine Schenkung, eine Dosbestellung oder ein sonstiger benannter oder unbenannter Contrakt die Veranlassung zur Einwilligung sein.

Die Einwilligung hört dadurch, daß sie ihre causa in einem zweiseitigen Rechtsgeschäft haben kann, nicht auf, ein einseitiges Rechtsgeschäft zu sein.

Kann die Einwilligung nicht auch in einem mit dem Erwerber geschlossenen Geschäft ihre Veranlassung haben? Diese Frage ist insofern zu bejahen, als auch der Erwerber mit dem Berechtigten einen Vertrag schließen kann, in welchem dieser die Einwilligung zu ertheilen erklärt, sei es nun mit oder ohne Entgelt. Dies hängt damit zusammen, daß die Einwilligungserklärung wegen ihrer Einseitigkeit nicht gerade dem Veräußerer gegenüber abgegeben werden muß, sondern auch dritten Personen gegenüber abgegeben werden kann. Aber auch diese Einwilligung macht den Veräußerer zum Geschäftsführer und hat darum das obliga-

torische Verhältniß der gestio zwischen dem Berechtigten und dem Veräußerer mit seinen direkten und indirekten Klagansprüchen zur Folge.

Dagegen kann dasjenige Geschäft mit dem Erwerber, welches den Veräußerer nicht als Geschäftsführer anerkennen will, nicht als Einwilligung, sondern lediglich als ein den Inhalt des Veräußerungsgeschäftes faktisch wiederholendes, vollständig von dem früheren unabhängiges und selbstständiges Geschäft betrachtet werden.

Ein Beispiel wird dies klar machen: A hat mein Grundstück an X verkauft und tradirt. Wenn ich ein Geschäft irgend welcher Art (Kauf, Schenkung, Tausch ꝛc.) mit X abschließe, wonach ich ihm das Eigenthum an diesem Grundstück überlasse, ohne hiebei den A als Geschäftsführer zu wollen, so liegt keine Bekräftigung eines früheren Geschäftes, sondern ein selbstständiges neues Rechtsgeschäft vor, welches daher auch in keiner Hinsicht nach den Regeln einer Einwilligung oder Genehmigung zu behandeln ist[6]).

Ebensowenig kann es als eine Einwilligung zu einer Veräußerung bezeichnet werden, wenn der Berechtigte das veräußerte Recht nachträglich auf den Veräußerer überträgt. Eine solche Uebertragung des Rechtes ist undenkbar bei denjenigen dinglichen Rechten, welche Tradition zur Uebertragung erfordern, sobald der Veräußerer solche bereits vorgenommen hat. Wenn A mein Haus an X verkauft und tradirt hat, so kann ich, weil ich nicht tradiren kann, nicht mein Eigenthum an A übertragen. Aber auch, wo dieses Hinderniß wegfällt, z. B. bei Cession von Forderungen, steht die Uebertragung, falls sie nicht an A als stillschweigenden Geschäftsführer geschieht, ganz außer allem Zusammenhang mit der früheren Veräußerung. Es ist gar nicht nöthig, daß der Uebertragende von dieser Kenntniß hat, und wenn er Kenntniß davon hat, so ändert das die Sachlage nicht.

Es erübrigt noch zu constatiren, wie die römischen Gesetze die nachträgliche Einwilligung hier behandeln. In dieser Beziehung ist von hervorragender Bedeutung die

l. 16 § 1 D. de pignor. 20, 1. (Marcianus):

Si nesciente domino res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipso, quod ratum habet,

---

6) Was den Eigenthumsübergang, zu dem Tradition erfordert wird, anlangt, so muß hier, wo die frühere Tradition nicht als vom Eigenthümer ausgehend betrachtet werden kann, ein constitutum possessorium aushelfen, vermöge dessen der X das bereits in Händen habende Objekt zuerst im Namen des Eigenthümers und dann mittels abgekürzter Besitzübergabe im eigenen Namen besitzend gedacht wird.

voluisse eum retrocurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit; voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt [7].

Ob die Verpfändung in der Absicht der Geschäftsführung oder ohne diese Absicht geschah, ist nicht gesagt. Wir sind daher wohl berechtigt, die Entscheidung für beide Fälle als giltig anzunehmen; keinesfalls aber in der Lage, die Geschäftsführungsabsicht als nothwendige Grundlage der Entscheidung zu supponiren, weil solche nicht erwähnt ist. Wenn nun auch die ohne Geschäftsführungsabsicht vorgenommene Verpfändung durch die nachfolgende Einwilligung des Dominus rückwärts Geltung erhält, so ist das nur in der Weise denkbar, daß der Dominus den Pfandbesteller auch ohne jene Absicht als Gestor zu behandeln berechtigt ist und behandelt [8]. Weil in der nachträglichen Annahme als Geschäftsführer der Wille des Einwilligenden liegt, das betr. Geschäft auch seiner zeitlichen Lage nach zu acceptiren, darum wird das Pfandrecht als zur Zeit der Convention entstanden fingirt. Dies ist der Sinn des zweiten Theiles der Stelle.

---

[7]) Vgl. n. l. 20 pr. D. de pignor. art. 13, 7.

[8]) Hiemit, insbesondere bezügl. der Auffassung des Pfandbestellers als Gestor, übereinstimmend ist Dernburg Pf. R. I. § 27 b. Vgl. a. n. Gregory l. c. p. 350.

Drittes Hauptstück.

Bestätigung.

§ 21.

Einleitung. Verschiedene Arten von Ungiltigkeit.

Wenn Jemand ein von ihm selbst vorgenommenes Rechtsgeschäft bestätigt, d. h. erklärt, daß er dasselbe aufrecht erhalten wolle, so wird diese Willenserklärung in den Quellen des röm. Rechts, wie von den meisten neueren Juristen auch mit dem Namen „ratihabitio" bezeichnet. Angesichts dieser Thatsache erscheint es geboten, die Betrachtung dieser Fälle in die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte aufzunehmen, obgleich dieselben mit denjenigen Fällen, welche wir in den beiden vorigen Abtheilungen behandelt haben, wenig zusammenhängen [1]).

Eine eigentliche Bestätigung hat nur einen Sinn, wenn das Geschäft, auf welches sie sich bezieht, nicht vollgiltig ist. Liegt ein vollgiltiges Rechtsgeschäft vor, so ist es ganz einerlei, ob der Urheber desselben erklärt, er wolle solches aufrecht erhalten oder nicht. Denn die Wirkung des Geschäftes tritt ja wider den Willen seines Autors d. h. auch dann ein, wenn der Autor sich das Geschäft möchte gereuen lassen [2]).

---

[1]) Windscheid macht es in der Kritik des Gregory'schen Werkes (Kr. V. J. Schr. VI. S. 414) dem Verfasser zum Vorwurfe, daß er die Bestätigungsfälle in die Lehre von der ratihabitio hereinziehe. Dieser Vorwurf ist jedenfalls nur insofern begründet, als in der angezogenen Schrift die Bestätigung ohne Unterscheidung von den anderen Ratihabitionsarten behandelt wird. Da man jedoch jederzeit diese Fälle als Ratihabitionsfälle zu bezeichnen gewohnt war, so gehört zur Ratihabitionslehre, aber als selbstständiger Theil, auch die Lehre von der Bestätigung.

[2]) Das fortdauernde Reuerecht bei der Testamentserrichtung hängt mit der eigenthümlichen Natur des „letzten" Willens zusammen und steht daher singulär da.

Es kann jedoch auch bei giltigen Rechtsgeschäften etwas Aehnliches, wie die Bestätigung vorkommen, nämlich eine Erklärung des Autors oder der Autoren des Rechtsgeschäftes, daß das giltige Geschäft in seinem Bestande anerkannt werde. Eine solche Erklärung kann gegeben werden entweder in der Absicht, den Beweis des Rechtsgeschäftes zu sichern, z. B. ich schulde Jemanden ein Darlehen von 100 und erkläre, daß ich es ihm schulde, vor Zeugen oder schriftlich. Ich habe Jemanden eine Forderung cedirt und erkläre vor Zeugen oder schriftlich, daß ich cedirt habe. Ich übertrage Jemanden den Besitz an einer Sache und erkläre nachträglich vor Zeugen, daß ich ihm den Besitz übertragen habe. — Oder sie kann gegeben werden, dies jedoch nur bezüglich verpflichtender Rechtsgeschäfte, in der Absicht eines Erfüllungsversprechens (nach Bähr[3]) einer ächten Anerkennung). Das Erfüllungsversprechen besteht darin, daß der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit noch einmal verspricht, so daß der Gläubiger nunmehr zwei Forderungsrechte auf eine und dieselbe Leistung hat[4]).

Beide Akte unterscheiden sich von der Bestätigung. Das Geschäft der blosen Beweissicherung hat gar keine materiellen, sondern nur processuale Folgen, während wir hören werden, daß die Bestätigung auf dem Gebiete des materiellen Rechtes wirkt. Das Erfüllungsversprechen setzt ein giltiges Rechtsgeschäft voraus, die Bestätigung ein irgendwie ungiltiges. Außerdem ist das Erfüllungsversprechen ein Vertrag[5]), d. h. ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, die Bestätigung aber ist ein einseitiges Rechtsgeschäft.

Es gehört sonach weder die Lehre von der Beweissicherung noch von dem Erfüllungsversprechen in diese von Bestätigung handelnde Untersuchung[6]).

---

[3]) Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 161.

[4]) Vgl. bezüglich des Erfüllungsversprechens und seiner Wirkungen die angef. Schrift von Bähr, dann Schlesinger, die Lehre von den Formalcontrakten; v. Salpius Novation und Delegation; Bruns, das **constitutum debiti**. Windscheid Pand. II. § 284. 284 a.

[5]) Vgl. außer den cit. Abhandlungen Windscheid II. § 284 a Note 6.

[6]) Ebensowenig gehört aber die Lehre von der Bestätigung in die Lehre von der Anerkennung und es muß als eine Verwechslung dieser Begriffe bezeichnet werden, wenn Bähr a. W. Cap. IX. § 46 u. 47 S. 189 ff. (2. Auflage) Bestätigungsfälle unter die Anerkennung mischte. Eine Erinnerung an die Vertragsnatur des Erfüllungsversprechens würde dies verhindert haben. Uebrigens kann eine Cumulation von Bestätigung und Erfüllungsversprechen allerdings vorkommen, in der Art, daß beide Geschäfte in einen Akt zusammenfallen. Dadurch hören sie nicht auf, zwei Rechtsgeschäfte verschiedenen Charakters zu sein.

Zu unterscheiden von der Bestätigung ist ferner die **Novation**. Die Novation hebt das frühere Forderungsrecht auf und setzt an dessen Stelle ein neues Forderungsrecht. Der Zweck der Bestätigung ist nicht die Aufhebung, sondern die Aufrechthaltung eines früheren Rechtsgeschäftes. Die Novation ist ferner ein zweiseitiger Akt — Vertrag; die Bestätigung ein einseitiges Rechtsgeschäft.

Da sich die Bestätigung auf ungiltige Geschäfte bezieht, so haben wir uns in Kurzem mit der Ungiltigkeit zu beschäftigen.

Ungiltig nennen wir dasjenige Rechtsgeschäft, welches nicht diejenige Wirkung hervorbringt, welche es nach dem Willen des Urhebers oder der Urheber haben soll. **Nicht ungiltig** ist daher dasjenige Rechtsgeschäft zu nennen, bei welchem die Unwirksamkeit eine Folge des Parteiwillens ist, wie das beim bedingten Rechtsgeschäft der Fall ist[7].

Es gibt verschiedene Fälle von Ungiltigkeit, welche man gemeinhin unter die großen Kategorien von **nichtigen** und **anfechtbaren** Rechtsgeschäften subsumirt. Neben diesen beiden Klassen pflegt man dann als dritte die sog. Fälle **bedingter Nichtigkeit** oder **relativer Nullität** aufzustellen. Es würde hier zu weit führen, die einzelnen Fälle, welche in die verschiedenen Klassen eingereiht werden, zu besprechen und zu untersuchen, inwieferne deren Location richtig ist oder nicht. Nur im Allgemeinen muß hier bemerkt werden, daß diese Einreihung mit bedeutenden Schwierigkeiten verbunden ist, die gewöhnlich nicht genug beachtet werden[8].

Wir schicken hier voraus, daß rechtlich nichtig nur dasjenige Rechtsgeschäft genannt werden kann, welches gar keine rechtliche Wirkung, sondern lediglich ein faktisches Dasein hat. Daraus ergibt sich, daß dasjenige Rechtsgeschäft nicht nichtig ist, welches irgendwelche rechtliche Bedeutung hat. Anfechtbar aber ist dasjenige Rechtsgeschäft, das zwar recht-

---

7) Mit Unrecht rechnet daher v. **Savigny**, Syst. IV. S. 539, die bedingten Rechtsgeschäfte zu den Fällen bedingter Ungiltigkeit. Vgl. hierüber **Windscheid** Pand. I. § 82 N. 1.

8) Daß es kaum möglich ist, nach den Quellenbezeichnungen den Charakter eines Rechtsgeschäftes, ob nichtig oder anfechtbar, zu bestimmen, dürfte die folgende Blumenlese der verschiedensten oft für dieselben Fälle gebrauchten Ungiltigkeitsbezeichnungen beweisen: „Nil valere negotium“: l. 3 § 10 D. de d. i. v. e. u. 24, 1. l. 16 pr. D. de jure patrio. 37, 14. l. 1 § 1 D. ad SC. Vell. 16, 1. l. 61 D. de jure dot. 23, 3. l. 18 pr. D. qui test. fac. 28, 1. „Negotium irritum esse“: l. 3 C. de tut. vel cur. 5, 33. „Nullius momenti esse“: l. 6 § 1 D. quod cuj. univ. 3, 4. „Inutile esse“: l. 86 D. de cond. 35, 1. l. 7 C. de d. i. v. e. u. 5, 16. l. 3 C. de tutor. 5, 33. „Non consistere“: l. 35 pr. D. de V. O. 45, 1. „Nullam esse“ (sc. obligationem) l. 19 D. de V. O. 45, 1. „Inanis actus“ l. 11 D. de O. et A. 44, 7.

lichen Bestand hat, aber durch irgend welches Mittel (einfache Willenserklärung, Klage, Einrede) vernichtet werden kann. Ob es neben der Anfechtbarkeit noch eine besondere Klasse bedingter Ungiltigkeit gibt, welche sich dem praktischen Erfolge nach von dieser unterschiede, muß bezweifelt werden, doch ist hier nicht der Ort, hierauf näher einzugehen[9]).

§ 22.

A. Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte.

Das nichtige Rechtsgeschäft ist rechtlich ohne alle Wirkung. Es ist blos faktisch vorhanden. Darum kann es keinen nichtigen Besitz geben, weil der Besitz (wenigstens zunächst) etwas rein Faktisches ist.

Wir betrachten die rein faktische Existenz einer Willenserklärung näher. Das blos thatsächliche Vorhandensein eines Willens kann faktische Folgen haben, z. B.: wenn für einen Kaufvertrag über Immobilien die notarielle Form vorgeschrieben ist, so ist der ohne solche Form geschlossene Vertrag nichtig. Gleichwohl ist der Verkäufer nicht gehindert, die Sache zu tradiren; der Käufer kann den Kaufpreis zahlen und die tradirte Sache benützen. Aber alle diese Folgen sind blos thatsächlicher Natur. Wenn der oder die Urheber eines nichtigen Rechtsgeschäftes erklären, dasselbe bestätigen zu wollen, so kann der Inhalt dieses Rechtsgeschäftes nur der sein,

1. dasselbe Rechtsgeschäft, das früher ohne rechtliche Folgen *versucht* ward, soll jetzt mit rechtlichen Folgen *vollzogen* werden,

2. die faktischen Folgen, welche das frühere faktische Zustandekommen des Geschäftes veranlaßte, sollen so behandelt werden, als ob das Rechtsgeschäft schon von dem Zeitpunkte des Versuches an datire (z. B. der Käufer solle von dem früheren Zeitpunkte an die Frucht haben). Darauf aber kann der Wille des Bestätigenden nicht gerichtet sein, daß das Rechtsgeschäft rückwärts *rechtlichen* Bestand erhielte; denn in dem Momente, wo der Wille diese Richtung einschlüge, würde er gegen das die Nichtigkeit statuirende Gesetz verstoßen und darum selbst gesetzwidrig, unmöglich und nichtig sein.

Liegt ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vor, so folgt aus dem Begriffe der Nichtigkeit als absoluten Negation des Geschäftes, daß eine Bestätigung von *einer* Seite der Contrahenten nicht erfolgen kann.

---

9) Vgl. *Windscheid* I. § 82 N. 9, der die praktische Indifferenz offen anerkennt. *Puchta* § 167 u. Vorles. hiezu.

Denn sobald das Geschäft nichtig ist, kann es auch nicht die Wirkung haben, den einen Contrahenten zu binden; sonst wäre es nicht nichtig, weil auch dieses einseitige Gebundensein eine rechtliche Wirkung repräsentirt.

Wenn aber beide Theile die Absicht haben, das früher schon versuchte Geschäft nunmehr rechtlich zu Stande zu bringen, so liegt eben nicht mehr und nicht weniger als der Abschluß eines vollständig neuen zweiseitigen Rechtsgeschäftes vor, welches außer allem rechtlichen Zusammenhang mit dem früheren Versuche steht. Allerdings können die Parteien hiebei die Absicht haben, sich gegenseitig zu verpflichten, sich so behandeln zu lassen, als ob das neue und selbstständige Rechtsgeschäft bereits früher zu Stande gekommen wäre; sie können dies namentlich bezüglich der etwa faktisch bereits eingetretenen Folgen des nichtigen Geschäftes; allein dies ist keine objektive Rückziehung des neuen Geschäftes auf einen früheren Zeitpunkt, sondern lediglich eine subjektive Verpflichtung.

Hieraus folgt, daß es eine eigentliche Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes nicht geben kann, und daß dasjenige, was man etwa mit diesem Namen im Verkehr zu bezeichnen beliebt, juristisch genommen keine Bestätigung ist. Insbesondere muß hervorgehoben werden, daß auch jenes Verpflichten zum sich so behandeln lassen, als wenn bereits früher contrahirt worden wäre, keineswegs etwas Charakteristisches für diese Willenserklärung ist. Ich kann jeder Zeit mit einem Andern einen Vertrag schließen und diese Verpflichtung übernehmen. Z. B. Wenn A durch irgend welchen Zufall mein Haus ohne alle Berechtigung bereits ein Jahr lang in Besitz hat, und ich schließe heute einen Kaufvertrag mit ihm, welchem die Clausel beigefügt wird, daß wir beide uns gegenseitig so behandeln wollen, als ob der Kauf bereits vor einem Jahre geschlossen worden wäre, so ist das eine ganz giltige Verabredung, welche dann zur Folge hat, daß ich z. B. keine Entschädigung für die Benützung während des vergangenen Jahres verlangen kann; daß der Käufer die Steuern und Abgaben für das jüngstverflossene Jahr zahlen muß; daß ich etwaige Impensen, die ein Dritter auf das Haus machte, und die ich als Eigenthümer ihm bereits ersetzt habe, jetzt meinerseits von dem Käufer fordern kann u. s. w. Niemand aber wird darin eine Bestätigung erblicken, da überhaupt kein Rechtsgeschäft vorliegt, das ich bestätigen könnte.

Dieser Satz, daß es eine rückwirkende Bestätigung nichtiger Geschäfte nicht gibt, findet seine Quellenbegründung nicht nur in der allgemeinen Rechtsregel:

„Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere“,

l. 29. l. 210 D. de R. J. 50, 17,

sondern auch speziell in den Entscheidungen des folgenden Falles.

Allen Römern, die ein Amt in einer Provinz zu verwalten hatten, war verboten, eine Eingeborne der Provinz zur Ehe zu nehmen.

l. 38. l. 57 pr. l. 63. 65 pr. de ritu nuptiar. 23, 2.

Dieses Gesetz hat die Nichtigkeit der Ehe zur Folge, d. h. die Verbindung ist keine Ehe: „Matrimonium non erit“. l. 63 cit.

Wenn der betr. Beamte nach der Niederlegung seines Amtes die Ehe fortsetzt, so liegt darin die Wiederholung der Eheschließung, zu welcher fortdauernder consensus maritalis erfordert wird, aber auch bei der Formlosigkeit der röm. Eheschließung genügt; es liegt also, um sich des als unrichtig bezeichneten Ausdruckes zu bedienen, eine Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes vor. Würde dieses Fortsetzen der Ehe rückwirkende Kraft haben (läge eine wirkliche Bestätigung vor), so müßte die Ehe als von Anfang an giltig betrachtet, die sämmtlichen Kinder also als eheliche behandelt werden. In l. 65 § 1 D. eod. entscheidet Paulus, daß nur diejenigen Kinder eheliche seien, welche nach der neuerlichen Eheschließung, die in der Fortsetzung des Zusammenlebens mit consensus maritalis besteht, geboren werden.

„Idem eodem respondit, mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, justas nuptias effici, et ideo postea liberos natos ex justo matrimonio legitimos esse“.

Es wäre wahrscheinlich Niemanden eingefallen, den übrigens ziemlich allgemein[1]) anerkannten Satz von der begrifflichen Unmöglichkeit der Beseitigung nichtiger Geschäfte anzufechten, wenn nicht zwei Codexstellen zu Mißverständnissen die Veranlassung geworden wären.

Es sind das l. 25 C. de donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione 5, 16 und l. 7 pr. C. ad SCtum Macedonianum (4, 28).

---

[1]) So sagt schon Ziegler in der cit. Diss. Nr. 13. Quod ipso jure nullum est, ratum haberi non potest. Neque enim actus potest convalescere per ratificationem, quando est reprobatus a lege. Si ergo quid praeter jus et aequum factum est, si quae alia labes incidet, non valet ibi ratificatio.

Uebereinstimmend Reitz l. c. p. 21. 28.

Uebrigens herrscht darüber keine ganz klare Vorstellung, was bei der Vermengung von Genehmigung und Bestätigung auch nicht Wunder nehmen kann. Vgl. z. B. Savigny System IV. S. 358.

Das erstere dieser Gesetze lautet:

Donationes, quas parentes in liberos cujuscunque sexus in potestate sua constitutos conferunt, vel uxor in suum maritum, vel maritus in suam uxorem, vel alteruter eorum in aliam personam, cui constante matrimonio donare non licet, vel ipsae aliae personae in eam, cui donare non poterant, ita firmas esse per silentium donatoris vel donatricis sancimus, si usque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes actis fuerint intimatae. Nam amplioris quantitatis donationem, minime intimatam, nec per silentium ejus, qui donavit, confirmari concedimus. Sin vero specialiter eas in suprema voluntate donator vel donatrix confirmaverit, sine ulla distinctione ratae habebuntur, ita tamen, ut, si quidem ultra lege finitam quantitatem expositae minime in actis insinuatae fuerint, specialis eorum confirmatio ex eo tempore vim habeat, ex quo eaedem donationes confirmatae sunt. Sin vero vel non amplior sit donatio, vel quum amplior esset, in actis insinuata sit, tunc et silentium donatoris vel donatricis et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit; sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. Nec in ceterum subtilem divisionem facti vel juris introduci posse. Dat. Id. Decemb. Dn. Justiniano A. II. Cons. (528).

Der Schluß dieses Gesetzes hat zu der Meinung geführt, Justinian habe allen Arten von Ratihabitionen, also auch der Ratihabitio eines nichtigen Rechtsgeschäftes rückwirkende Kraft verleihen wollen. Daß dies nicht Justinians Absicht gewesen ist und nicht gewesen sein kann, wird eine nähere Betrachtung des vorliegenden Gesetzes darthun.

Schenkungen unter Ehegatten galten bei den Römern als contra bonos mores [2]). Als Grund dieser Anschauungsweise führen die Juristen an, daß durch dergleichen Schenkungen leicht ein beiderseitiger Vermögensverfall herbeigeführt [3]) und durch die entstehende Spekulation auf solche Geschenke die Ehe zu einem Kaufgeschäfte herabgewürdiget werde [4]).

---

2) l. 1. D. de donationibus inter virum et uxorem. 24, 1.

3) „ne mutuato amore invicem spoliarentur" l. 1 D. eod.

4) „eventurum ut venalicia essent matrimonia" l. 2 D. eod. Einen ähnlichen feinfühlerischen Grund gibt Caracalla in der Einleitung seines alsbald zu besprechenden Gesetzesantrags mit den Worten: „amorem honestum solis animis aestimari" (l. 3 pr. D. eod.). Man dürfte kaum irregehen, wenn man annimmt, daß die ältere Zeit bei dem Verbot der Schenkungen unter Ehegatten weniger von dergleichen moralisirenden Rücksichten ausging, als vielmehr im Interesse der Erhaltung des Vermögens für die Familie (Agnaten) handelte.

Es kann auch für das ältere Recht kein Zweifel über die Nichtigkeit der Schenkungen unter Ehegatten bestehen. Sie waren absolut wirkungslos [5]). Zu diesem Stande des Rechts kam ein Senatsbeschluß, der zu Zeiten des Kaisers Severus in Folge eines von seinem Sohne, dem späteren Kaiser Antoninus Caracalla gestellten Antrages gefaßt ward [6]). Dieses Gesetz, aus dem Jahre 955 u. c. (199 p. Chr.) [7]) bestimmte, daß Schenkungen unter Ehegatten dann giltig sein sollten, wenn der Schenkgeber ohne Widerruf der Schenkung gestorben sei [8]). Hiemit war die absolute Nichtigkeit der Schenkungen unter Ehegatten aufgehoben. Dies geht deutlich hervor aus dem Referat Ulpians über den Zweck der oratio, als welcher bezeichnet wird die Confirmirung, d. h. die Aufhebung der Nichtigkeit dieser Schenkungen [9]); es resultirt ferner mit Nothwendigkeit aus dem Begriffe der absoluten Nichtigkeit; denn wenn die Schenkung für den Fall des unterbleibenden Widerrufs rechtliche Wirkungen hervorruft, so kann sie kein absolut wirkungsloses Rechtsgeschäft genannt werden. Seit diesem Gesetze gehören die Schenkungen unter Ehegatten vielmehr zu denjenigen Rechtsgeschäften, welche durch einfache Willenserklärung rescindirt werden können [10]) [11]).

---

[5]) l. 3 § 10 D. eod. (Ulpianus libro XXXII. ad Sabinum). Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso jure nihil valeat, quod actum est. Vgl. l. 3 § 11. l. 6 D. eod.

[6]) l. 32 pr. D. eod.: (Ulpianus libro XXXIII. ad Sabinum): „Quum hic esset status donationum inter virum et uxorem, quem antea (also wahrscheinlich im liber XXXII. ad Sabinum, dem l. 3 D. cit. entnommen ist) retulimus, Imperator noster Antoninus Augustus ante excessum Divi Severi patris sui, Oratione in Senatu habita, auctor fuit Senatui censendi Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex juris rigore."

[7]) Dies Jahr ergeben die Consultafeln.

[8]) „Fas esse eum quidem, qui donavit poenitere; heredem vero eripere forsitan adversus supremam voluntatem ejus, qui donaverit, durum et avarum esse." l. 32 § 2 D. eod. Daß bei dieser Gesetzesvorlage der Gedanke obwaltete, die nicht widerrufenen Schenkungen nach Analogie der mortis causae donationes zu behandeln, die nicht verboten waren, ergibt sich aus der Erwähnung des falcidischen Gesetzes in l. 32 § 1 D. eod. vergl. a. l. 28 D. de m. c. d. 39, 6.

[9]) l. 32 § 1 eod. „Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso jure res fiant ejus, cui donatae sunt, et obligatio sit civilis, etc. etc.

[10]) Uebereinstimmend Vangerow Pand. I. § 88 A. Nr. 2. Agricola l. c. S. 16. hält gleichfalls die Schenkungen unter Ehegatten nicht für nichtig; ist jedoch der Ansicht, daß die Nichtigkeit erst unter Justinian durch l. 25 C. cit. aufgehoben sei.

[11]) Vergl. a. n. den Ausdruck „revocare voluntatem" in l. 32 § 4 D. h. t. 24, 1.

Dies ist nicht die Ansicht der herrschenden Lehre, welche vielmehr Nichtigkeit der Schenkungen unter Ehegatten annimmt [12]), die dann allerdings durch Unterlassung des Widerrufs convalesciren sollen. Es bedarf jedoch nur der Hinweisung auf den Begriff der Nichtigkeit, um die Inconsequenz dieser Ansicht darzuthun. Wenn ein Rechtsgeschäft im Falle des Nichtwiderrufs giltig ist, dann ist es eben nicht absolut nichtig. An diesem Resultate ändern auch diejenigen Quellenzeugnisse nichts, welche von der herrschenden Lehre zum Beweise der Nichtigkeit angeführt werden [13]). Was vor Allem die absolute Nichtigkeit mit Bestimmtheit behauptende l. 3 § 10 eod. anlangt, so ist bereits angeführt, daß diese Stelle Ulpians aus einem Werke herrührt, in welchem der geschichtliche Entwicklungsgang des Rechts der Schenkungen unter Ehegatten dargestellt ist, und sich auf die Zeit vor dem Senatusconsult von 199 n. Chr. bezieht. Diejenigen Stellen aber, welche die Vindication einer geschenkten Sache, oder die Condiction gestatten, stehen nicht in Widerspruch mit der Annahme einer durch einfache Willenserklärung vollziehbaren Anfechtbarkeit. Denn es ist klar, daß der Eigenthümer, der geschenkt hat, sich durch die einfache Willenserklärung, das Geschäft nicht gelten lassen zu wollen, die Vindication verschaffen kann. Hiemit hängt es auch zusammen, wenn die Compilatoren keinen Anstand nahmen, auch die älteren Juristenaussprüche, welche noch auf den vor dem J. 955 geltenden Rechtszustand basirten, in das Gesetzeswerk Justinians aufzunehmen. Der praktische Unterschied zwischen der absoluten Nichtigkeit und der durch blose Willenserklärung vollziehbaren Anfechtbarkeit ist zu gering, als daß er ihnen nothwendig zum Bewußtsein hätte kommen müssen — mit Ausnahme des von ihnen mehrfach betonten Nichtübergangs der Anfechtbarkeit auf die Erben.

Dies war der Rechtszustand, wie er bestand, als Justinian im J. 528 n. Chr. das in l. 25 C. cit. niedergelegte neue Gesetz über Schenkungen unter Ehegatten erließ. Dies Gesetz hat im Verhältniß zu dem Senatusconsult von 199 n. Chr. einen interpretatorischen Charakter. Das Senatusconsult hatte bezüglich seiner Neuerung keine Unterscheidung gemacht zwischen Schenkungen, welche ihrer Größe nach gerichtlicher Insinuation bedürfen und solchen, welche hinter der für die Insinuation vorgeschriebenen Summe zurückblieben. Es ist wahrscheinlich, daß dieser Punkt zu Meinungsdifferenzen der Juristen und Richter Anlaß ward.

---

12) Vergl. z. B. Wächter, württ. Priv.-R. II. Bd. § 100 Nr. II. A. 5 i. f. Arndt's Pand. § 414. Puchta Pand. § 425. Windscheid Pand. II. § 509 Ziff. 3 ad not. 21.

13) Es sind das vorzüglich l. 3 § 10. 11. l. 5 § 1. 18. l. 3 pr. § 2. l. 36 pr. l. 38 § 1. l. 48. 52. § 1 D. h. t.

Deshalb verordnete Justinian, indem er zugleich die durch das Senatusconsult nicht berührten Schenkungen der Eltern an in potestate befindliche Kinder hereinzog und den Schenkungen unter Ehegatten gleichstellte, Folgendes:

Nur diejenigen Schenkungen sollen im Falle des Nichtwiderrufes Geltung haben, welche entweder ihrer Größe nach der Insinuation nicht bedürfen, oder aber, wenn sie derselben bedürfen, insinuirt worden sind. Die nicht insinuirte größere Schenkung aber soll auch im Falle des Nichtwiderrufes ungiltig sein. Dies der Sinn des Gesetzes bis — confirmari concedimus.

Es kann aber auch vorkommen, daß der Schenkgeber in seinem letzten Willen ausdrücklich die Schenkung wiederholt. Offenbar kann in diesem Falle die Schenkung nicht schlechter gestellt sein, als im Falle des unterbleibenden Widerrufes. Darum gab Justinian für den Fall testamentarischer Bestätigung folgende Vorschriften: (Sin vero vel non amplior etc.) Die das Insinuationsmaß nicht übersteigende Schenkung und die das Maß übersteigende insinuirte Schenkung sind im Falle ausdrücklicher Bestätigung im Testamente gerade so giltig, wie die nicht widerrufene Schenkung, d. h. von Anfang an (ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta est).

Außerdem ist es nicht verboten, daß Ehegatten sich Zuwendungen auf den Todesfall (Legate, donationes mortis causae) machen; für diese gilt natürlich nicht die Insinuationsvorschrift. Daraus ergibt sich, daß die im letzten Willen enthaltene Erklärung, es solle die das Insinuationsmaß übersteigende nicht insinuirte Schenkung giltig sein, unter allen Umständen als Schenkung auf den Todesfall oder als Legat betrachtet und als solches aufrecht erhalten werden muß. Dieses Legat aber oder die Schenkung auf den Todesfall wirkt als testamentarische Verfügung vom Tode des Erblassers an, nicht vom Momente, wo die Schenkung ursprünglich vollzogen ward.

Dies ist enthalten in dem Satze: „Sin vero specialiter eas in suprema etc. bis confirmatae sunt". Die ausdrückliche Erklärung im letzten Willen, heißt es, macht auch die der Insinuation bedürftige nicht insinuirte Schenkung giltig, jedoch so, daß die Giltigkeit erst mit dem Momente der testamentarischen Giltigkeitserklärung beginnt. Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist hier hervorzuheben, daß als das Moment der Confirmation, von wo an diese Schenkungen giltig sind, nicht etwa der Zeitpunkt des Niederschreibens des letzten Willens, sondern der Zeitpunkt betrachtet werden muß, wo der letzte Wille in Kraft tritt, d. h. der Moment des Todes des Testators. Es folgt das aus der Erwägung, daß vor diesem Momente der letzte Wille noch gar nicht in

dieser Eigenschaft feststeht, und daß auch gar kein innerer Grund besteht, die Giltigkeit der letztwilligen Verfügung von einem früheren Momente beginnen zu lassen, zumal der Moment der Testamentserrichtung häufig gar nicht festzustellen sein wird.

Die Veränderungen, welche durch die l. 25 C. cit. in das Recht der Schenkungen unter Ehegatten eingeführt wurden, sind sonach folgende:

Während das Senatusconsult von 199 ohne Unterscheidung zwischen der Summe nach insinuationsbedürftigen und nicht insinuationsbedürftigen Schenkungen die frühere absolute Nichtigkeit beseitigt hatte, ging Justinian bezüglich der insinuationsbedürftigen Schenkungen, welche nicht insinuirt waren, einen Schritt rückwärts und führte wiederum absolute Nichtigkeit ein.

Dies ist der Inhalt der Vorschrift, daß die letzteren Schenkungen im Falle des nicht erfolgenden Widerrufes nicht giltig sein sollten und daß im Falle testamentarischer Giltigkeitserklärung diese Verfügung der Schenkung als einer Verfügung von Todes wegen Kraft verleihe, d. h. als selbstständiges und neues Rechtsgeschäft ohne Rückwirkung bestehe.

Das Gesetz schließt mit den Worten: „Sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. Nec in caeterum subtilem divisionem facti vel juris introduci posse."

Was unter dieser subtilis divisio facti vel juris zu verstehen sei, darüber ist schon viel gestritten worden [14]).

Die Erklärungen, welche bisher gegeben wurden, sind sämmtlich nicht befriedigend. Sehr schwach ist die Bemerkung der Glosse, es beziehe sich jene divisio darauf, ob ein Rechtsirrthum oder ein faktischer Irrthum über die Erlaubtheit der Schenkung seitens des Schenkgebers obwalte.

Willkürlich und unbegründet erscheint die schon bei älteren Schriftstellern [15]) vorkommende, noch bei Glück [16]) wiederholte Annahme, es beziehe sich die erwähnte divisio auf einen Schulstreit zwischen Sabinianern und Proculianern darüber, ob die Ratihabition einer Gestio ein Mandatsverhältniß erzeuge oder nicht. In l. 25 C. cit. ist kein Fall einer neg. gestio entschieden, sondern es ist von ratihabitio lediglich im Sinne der Bestätigung die Rede. Es ist im hohen Grade unwahrscheinlich, daß Justinian, der von der Bestätigung von Schenkungen unter Ehegatten ausging, auf einmal zu der Frage übersprang, ob die Genehmigung einer Gestio ein Mandatsverhältniß schaffe, ohne diesen Uebergang auch nur

---

[14]) Eine Zusammenstellung der älteren Literatur s. Reitz l. c. p. 5—9.

[15]) J. B. Donellus Comm. L. XII. c. 5 u. 6.

[16]) Comment. Bd. XXIII. S. 37. N. 95.

anzudeuten. Ferner liegt materiell kein Grund vor, an die Existenz der von Glück u. A. behaupteten Schulcontroverse zu glauben. Oben bei der Lehre von der Genehmigung einer Geschäftsführung ward bereits die Bedeutung des Satzes „Ratihabitio mandato aequiparatur" abgehandelt und der Beweis geliefert, daß zwischen diesem Satze und mehreren scheinbar divergirenden Quellenaussprüchen ein wahrer Widerspruch nicht besteht. Hienach erscheint die letztbesprochene Annahme lediglich der Sucht entsprungen, in möglichst zahlreichen Fällen Spuren der beiden alten Juristenschulen zu entdecken [17]).

Nach dem Stande der Quellen wird sich eine absolut sichere Entscheidung der Frage, was unter der „divisio facti vel juris" zu verstehen, kaum geben lassen. Doch hat m. E. die folgende Beziehung viel Wahrscheinlichkeit für sich. Das Senatusconsult von 199 hatte nicht ausdrücklich festgestellt, wie es für die Zeit zwischen der Bestellung der Schenkung und dem Tode des Bestellers zu halten sei, wenn letzterer ohne Widerruf starb. Wenn z. B. eine fruchttragende Sache, ein Landgut, Schenkungsgegenstand war, so ist es möglich, daß der Schenkgeber dies Gut seiner Ehefrau vollständig zur Benutzung überließ, daß diese eine Reihe von Jahren hindurch das Gut bewirthschaftete und den Fruchtbezug thatsächlich hatte. Wenn der Ehemann ohne Widerruf stirbt, so fragt sich, wie es mit diesem Fruchtbezug zu halten sei, ob derselbe der Frau zukomme, oder den Erben des Mannes? Es ist nicht unwahrscheinlich, daß dieser Punkt zu Streitigkeiten Anlaß wurde und daß es nach dem Gesetze von 199 noch Juristen gab, welche, von der Ansicht ausgehend, daß mit dem Momente der Unanfechtbarkeit erst die rechtliche Giltigkeit beginne, zu dem Schlusse kamen, es müsse der Fruchtbezug vor des Schenkers Tod als ungerechtfertigte Bereicherung betrachtet und daher zurückgegeben werden. Auf die Weise wäre im Falle des Unterbleibens des Widerrufs wie der testamentarischen Bestätigung eine Ausscheidung der beiden Perioden nöthig gewesen, der ersten Periode vor dem Ableben des Schenkers oder vor der Bestätigung und der zweiten Periode nach dessen Ableben und es ergäbe sich die dargelegte verschiedene Behandlung. Daß dies für den Rechtsverkehr manche Unannehmlichkeit mit sich brachte — man denke nur an die Fruchtberechnung und die Frage, ob und wie weit Bereicherung vorliegt — ist sicher. Es liegt nahe, die Zeit vor dem Ableben als die Zeit des faktischen, weil anfechtbaren, Bestandes

---

[17]) Vgl. h. Beckhaus S. 1 N. 1, welcher mit Recht darauf hinweist, daß die von Glück zum Beweise der angeblichen Controverse benützten Stellen von Ulpian, Paulus und Marcian herrühren, also von Juristen einer Zeit, wo der Unterschied zwischen Sabinianern und Proculianern nicht mehr bestand.

der Schenkung, die Zeit nach dem Ableben aber als die Zeit des vollgiltigen rechtlichen Bestandes zu bezeichnen. Indem l. 25 Cod. cit. für Schenkungen unter Ehegatten sowohl im Falle des Nichtwiderrufs, wie der testamentarischen Bestätigung die Giltigkeit vom Momente der Bestellung als Rechtssatz aufstellte, machte sie die Unterscheidung zwischen faktischem und rechtlichem Bestand der Schenkung unnöthig, und Justinian war daher berechtigt, am Schlusse seines Gesetzes zu sagen, er habe die subtilis divisio i. e. die schwierige Ausscheidung, facti vel juris, des faktischen und rechtlichen Bestandes, durch das Gesetz beseitigt.

Es erübrigt noch die Würdigung des generalisirenden Ausspruches: „Sicut et alias ratihabitiones etc.“

Hiezu ist es nöthig, die l. 7 pr. C. ad Senatusconsultum Macedonianum 4, 28 herbeizuziehen.

Dieselbe lautet: Imp. Justinianus A. Juliano P. P. „Si filiusfamilias citra patris jussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum contractum habuerit, veterum ambiguitatem decidentes sancimus, quemadmodum si ab initio voluntate patris vel mandato filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse hujusmodi contractum, quum testimonium paternum respuere satis iniquum est. Necesse est enim patris ratihabitionem vel principali mandato patris vel consensui non esse absimilem, quum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahitur et confirmat ea, quae ab initio subsecuta sunt.“

Dieses Gesetz behandelt keinen Fall einer Bestätigung, sondern einen Fall nachfolgender Einwilligung eines fremden Rechtsgeschäftes. Deßwegen scheint es sehr gewagt, die hier erwähnte „ambiguitas veterum“ geradezu mit der am Schlusse der von einem Bestätigungsfalle ausgehenden l. 25 C. cit. erwähnten „divisio facti vel juris“ zu identificiren, wie dies meistens geschieht.

Andererseits wird man nicht bezweifeln können, daß die am Schluß der l. 7 pr. Cod. cit. enthaltene Hinweisung auf eine „novella lex“, welche Rückziehung der ratihabitio angeordnet, auf l. 25 C. cit. zu beziehen ist. Damit stimmt auch die zeitliche Aufeinanderfolge beider Gesetze. L. 25 C. cit. ist vom J. 528, l. 7 pr. C. cit. von 530; es konnte also dem rescribirenden Kaiser im J. 530 noch wohl die l. 25 C. cit. als „novella lex“ vorschweben.

Wir gewinnen hiemit das Resultat, daß Justinian in dem Schlußsatze von l. 25 C. cit. allerdings eine Vorschrift geben wollte, die sich über das Gebiet der Schenkungen unter Ehegatten und von Eltern an

Kinder hinauserstreckte[18]), daß es daher irrig ist, wenn man der l. 25 Cod. dadurch ledig zu werden glaubt, daß man sie als singulär nur auf die Schenkungen der bezeichneten Art bezügliche Vorschrift darzustellen sucht[19]).

Es fragt sich nur, wie weit sich die Bedeutung der betr. Vorschrift erstreckt.

In dieser Beziehung hat es von jeher Rechtslehrer gegeben, welche glaubten, daß Justinian durch sein Gesetz v. J. 528 für alle und jede Bestätigung, also auch für die Bestätigung absolut nichtiger Rechtsgeschäfte eine rückwirkende Kraft habe einführen wollen. In neuerer Zeit ist diese Ansicht wieder von Windscheid[20]) vertreten, welcher sogar ausdrücklich einräumt, daß die Rechtsconsequenz allerdings verlange, daß die Bestätigung eines nichtigen Geschäftes nur als Abschluß eines neuen Rechtsgeschäftes wirke, jedoch meint, es werde die Rechtsconsequenz überwunden durch die ausdrückliche Vorschrift der l. 25 Cod. cit. und l. 7 pr. C. cit. Hiebei ist Windscheid jedoch auf Grund der l. 25 C. cit. selbst genöthigt, von der Regel allgemeiner Rückwirkung eine Ausnahme für solche Rechtsgeschäfte zu machen, die wegen Formmangels nichtig sind. Denn es ist ausdrücklich bestimmt, daß die testamentarische Giltigkeitserklärung nicht insinuirter Schenkungen nicht rückwirke. Da nun kein innerer Grund aufzufinden ist, warum gerade die wegen Formfehlers nichtigen Rechtsgeschäfte anders als alle anderen nichtigen Geschäfte behandelt werden sollen, und sich denn doch nicht annehmen läßt, daß Justinian ganz willkürlich und so zu sagen sinnlos bei der Fassung seines Gesetzes zu Werke gegangen wäre, so wird eben dieser Umstand, daß Justinian selbst nicht jeder Bestätigung eine rückwirkende Kraft zuschreibt, zu einer restriktiven Erklärung des Gesetzes führen.

Und diese Erklärung ist m. E. folgende: Justinian dachte nicht daran, in l. 25 Cod. eine rückwirkende Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte als gesetzliches Institut einzuführen. Die Schenkungen unter Ehegatten, an welche sich die Entscheidung anknüpft, sind, falls sie der Summe nach nicht insinuationsbedürftig sind, oder falls sie insinuirt wurden, keine nichtigen Rechtsgeschäfte; das ist bereits bewiesen worden. Wenn daher ihrer Bestätigung rückwirkende Kraft zugesprochen wird, so ist das für die Kategorie der nichtigen Geschäfte ganz irrelevant.

---

18) Vergl. hier Hufeland a. a. O. S. 303 ff.

19) So Wächter, württemb. Pr.-R. II. Bd. § 100 A. 2 vgl. m. A. 5. Ihering Jahrb. f. Dogm. I. S. 296.

20) Pand. I. § 83. A. 10.

Damit fällt natürlich das Hauptargument derjenigen hinweg, welche für nichtige Rechtsgeschäfte eine rückwirkende Bestätigung annehmen. Der einzige Fall von Nichtigkeit, der in l. 25 überhaupt besprochen wird, ist der Fall derjenigen Schenkung, welche der Größe nach der Insinuation bedarf, aber nicht insinuirt ward. Gerade hier aber läßt Justinian keine rückwirkende Bestätigung zu. Wenn nun Justinian an ein Rescript, in welchem die Bestätigung anfechtbarer Geschäfte als rückwirkend behandelt, der Giltigkeitserklärung eines nichtigen Geschäftes aber die Rückwirkung abgesprochen wird, die allgemeine Vorschrift knüpft, daß nach diesem Muster (sic — ut) auch die Bestätigung anderer Rechtsgeschäfte als rückwirkend zu behandeln sei, so kann das wohl keine andere Bedeutung haben, als, daß auch in anderen Fällen der Anfechtbarkeit rückwirkende Bestätigung stattfindet, während in anderen Fällen der Nichtigkeit eine rückwirkende Bestätigung nicht Platz greift.

Es wäre möglich, ist übrigens nicht nothwendig, daß Justinian bei den „alias ratihabitiones negotiorum gestorum" durch die gemeinsame Bezeichnung „ratihabitio" veranlaßt, auch an die Genehmigung einer Geschäftsführung gedacht hätte, für welche ja auch die Regel der Rückwirkung gilt. Für diese Genehmigung wäre in der Aufstellung der Rückwirkung keine Neuerung gelegen. Für die Lehre von der Bestätigung ist es gleichgiltig, ob man diese Ausdehnung annimmt.

Auch die Erwähnung der l. 25 C. in l. 7 pr. C. cit. steht mit dieser Erklärung in Einklang. Der in l. 7 pr. C. besprochene Fall betrifft eine Darlehensaufnahme seitens des Haussohnes ohne väterliche Einwilligung, also ein anfechtbares, kein nichtiges Rechtsgeschäft. Wenn die nachfolgende Einwilligung für rückwirkend erklärt wird unter Bezugnahme auf das frühere Gesetz über Bestätigung, so kann dies höchstens beweisen, daß die nachfolgende Einwilligung in Fällen anfechtbarer Geschäfte nach Analogie der in l. 25 C. zunächst für Bestätigung aufgestellten Regel zu behandeln ist. Es beweist nicht, daß auch im Falle der Nichtigkeit die nachfolgende Einwilligung nach der Rückziehungsregel in l. 25 C. cit. zu behandeln ist. Das „omnis ratihabitio" der l. 7 pr. C. ist daher gerade so zu restringiren, wie die Vorschrift am Schlusse der l. 25 C. cit.

Die hier vertretene Ansicht, daß es eine rückwirkende Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte nicht geben kann, konnte natürlich nicht zur vollständigen Klarheit gebracht werden, so lange man die Bestätigung nicht von den übrigen Ratihabitionsarten trennte. Erwägt man hiebei, daß man nicht selten noch auf die Behauptung trifft, das Rechtsgeschäft, welches der Gestor als solcher abgeschlossen habe, sei ein nichtiges Rechtsgeschäft, so wird man es begreiflich finden, wie man sich bemüßiget glaubte, verschiedene Arten von nichtigen Rechtsgeschäften aufzuführen,

von denen die eine Kategorie einer rückwirkenden Ratihabition für fähig, die andere für unfähig erklärt wurde[21]).

So finden wir bei Hufeland[22]) folgende Unterscheidung: 1. Fehlt bei früher geschlossenem oder, sofern die Schließung nicht giltig war, nur beabsichtigtem Geschäft zu dessen Vollgiltigkeit nichts als eine Einwilligung oder Genehmigung, . . . so wird dann die später hinzugekommene zur Bestätigung des Geschäfts hinreichende Genehmigung auf den Anfang desselben zurückgezogen. 2. War ein Geschäft nicht blos wegen mangelnder Einwilligung, sondern auch aus andern Ursachen nichtig oder unkräftig, so daß entweder verbietende Gesetze entgegen stunden, oder noch neben der Einwilligung eine andere (?) unterlassene Feierlichkeit erforderlich gewesen wäre, so wird dies früher nichtige Geschäft für die Vorzeit nie giltig. Soweit diese Eintheilung auf die Bestätigung nichtiger Geschäfte sich bezieht, ist sie einfach sinnlos. Denn ein beabsichtigtes Rechtsgeschäft, das wegen Mangels der Einwilligung des Autors, d. i. wegen Mangels seines Willens, i. e. seiner Absicht nichtig wäre, kann es nicht geben.

Beckhaus[23]) unterscheidet nach dem Vorgange Agricola's zwischen solchen Rechtsgeschäften, denen faktische, und solchen, denen rechtliche Hindernisse entgegenstehen, und findet das Prinzip darin, daß im ersteren Fall eine rückwirkende Genehmigung (bez. Bestätigung) stattfinden könne, nicht aber im letzteren Falle. Diese Unterscheidung ist schon deßwegen sehr mißlich, weil die Kategorien faktischer und rechtlicher Hindernisse der Giltigkeit ganz außerordentlich dehnbar und unbestimmt sind. Es erscheint daher oft sehr willkürlich, die einzelnen Nichtigkeitsfälle unter dieselben zu subsumiren. Mir ist es z. B. geradezu unverständlich geblieben, warum die Nichtmitwirkung des Vormunds eines Impubes (der Mangel der tutoris auctoritas) ein rechtliches Hinderniß, die Nichtmitwirkung des Vormunds eines Geschlechtsreifen (der Mangel des consensus curatoris) von Beckhaus ein faktisches Hinderniß der Giltigkeit genannt wird. Es ist also mit diesem sog. Prinzipe der Ratihabition

21) Wozu diese Zusammenwerfung führte, dafür gibt die bei Thibaut Pand.-R. § 83 N. k. u. § 139 vorgetragene Lehre einen schlagenden Beweis. Derselbe lebrt folgendes: Genehmige der Urheber des Geschäftes dasselbe, so habe dies keine rückwirkende Kraft, sondern dann wäre dasselbe erst vom Momente der Genehmigung an giltig. Genehmige aber ein Dritter ein zwischen anderen Personen geführtes Geschäft, das aber ohne seine Genebmigung überall ungiltig war, so werde dann diese Genehmigung auf deu Anfang des Geschäftes zurückgezogen. Es ist ganz offenbar, daß dem Verfasser hiebei die Unterschiede zwischen Bestätigung und Genehmigung vorschwebten. Freilich ist die Ausdrucksweise ganz unrichtig.

22) A. W. S. 322.

23) A. W. § 4.

nichts gewonnen. Dasselbe wird aber auch durch die Entscheidung, welche in l. 25 Cod. cit. vorliegt, geradezu zerrissen. Als rechtliches Hinderniß der Vollgiltigkeit muß Beckhaus doch vor Allem das gesetzliche Verbot anerkennen. Schenkungen unter Ehegatten sind in Folge rechtlichen Verbotes nicht vollgiltig. Wenn l. 25 Cod. cit. die Bestätigung solcher Schenkungen (den Fall der unterlassenen Insinuation ausgenommen) für rückwirkend erklärt, so steht das offenbar mit dem obigen „Principe der Ratihabition" im grellsten Widerspruch.

Auf einem ähnlichen Grundsatz wie Beckhaus' Theorie beruht die Ansicht Lasalle's[24]), „daß die Ratihabition jeden retrodatirenden Effekt nur ausübt, weil und insofern sie nicht in der Beseitigung einer durch das öffentliche Bewußtsein gesetzten Prohibition, sondern eines rein privatrechtlichen, lediglich in der Sphäre des individuellen Willens gelegenen Hindernisses besteht." Auch mit diesem Grundsatze kommen wir nicht zu einem praktischen Endziele. Denn es wird keineswegs leicht sein, zu beurtheilen, welches Hinderniß rein privatrechtlich und welches einem öffentlichen Bewußtsein entsprungen ist. Ferner wird auch hier ein Widerspruch mit l. 25 Cod. cit., dem unzweifelhaft bedeutendsten Gesetz über die Bestätigung nicht zu vermeiden sein. Denn die Schenkungen unter Ehegatten sind ja, wie wir oben gesehen haben, gerade vom öffentlichen Bewußtsein als contra bonos mores betrachtet worden. Lasalle[25]) gibt auch bereitwillig diesen Widerspruch mit seiner Theorie zu. Freilich muß dann der gesetzgebende Kaiser und nicht der theoretisirende Autor Unrecht behalten. Denn durch das „letztbezogene Gesetz bringt Justinian Verwirrung in die Lehre". Hiegegen ist denn in der That keine Erwiderung möglich[26]).

Gregory[27]) hält eine rückwirkende Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte nicht für unmöglich, jedoch nur unter besonderen Verhältnissen für zulässig. Seine Argumentation lautet wie folgt: „Ratihabitionem vidimus fundamentum habere in voluntate. Inde sequitur convalescentiam per ratihabitionem non posse pertinere ad omnes actus nullos, in quibus legitimum impedimentum removeri potest, sed spectare tantum eos, in quibus legitimo impedimento remoto, utrum revera convalescat

---

[24]) System der erw. R. I. S. 334. 335.

[25]) A. W. S. 330.

[26]) Wie Lasalle hiebei mit den röm. Quellen umspringt, davon folgendes Beleg: Die divisio facti vel juris, welche am Schlusse des erwähnten, also nach L.'s Ansicht unrichtigen Gesetzes, als beseitigt erklärt wird, muß sich dazu hergeben, die Richtigkeit seines Prinzipes zu belegen, indem sie als die Unterscheidung zwischen faktischer und rechtlicher Veränderung das Prinzip der Convalescenz und Ratihabition bildet. (S. 318.)

[27]) A. W. S. 33 f.

actus nec ne, adhuc pendet ex voluntate, ex consensu ejus, cujus interest subsecuto vel non. Itaque quum in priori modo (in casibus ubi revera actus convalescit) tantum postulatur, ut legitimum impedimentum sit remotum, hic contra duo postulantur, et legitimum impedimentum remotum et voluntatis enunciatio. Legitimo impedimento remoto actus fit, ut ita dicam, vitae habilis; nondum est actus, sed fieri potest actus, convalescere potest: actus nullus jam commutatus est in actum suspensum: ratihabitione subsecuta demum revera fit actus, revera convalescit."

Die rückwirkende Ratihabition soll also dann bei nichtigen Rechtsgeschäften eintreten können, wenn das gesetzliche Hinderniß der Giltigkeit hinweggefallen, das Rechtsgeschäft dadurch lebensfähig geworden und lediglich auf den Willen gestellt ist. Gegen diese Argumentation ist einzuwenden: durch das Wegfallen des Nichtigkeitsgrundes wird an der rechtlichen Stellung des absolut nichtigen Rechtsgeschäftes nichts geändert. Würde daran etwas geändert werden, so wäre ja das Geschäft von rechtlicher Bedeutung, folglich nicht nichtig. Ist das legitimum impedimentum weggefallen, dann steht allerdings dem Willen kein Hinderniß im Wege, sich auf den Inhalt zu werfen, welchen er früher schon einmal, bei dem Versuche des nichtigen Geschäftes, zum Objekte seines Willens gemacht hat. Es kann also jetzt ein Rechtsgeschäft jenes Inhaltes errichtet werden. Aber hiedurch wird die Nichtigkeit jenes Versuches nicht im Mindesten berührt. Es ist nicht wahr, daß dies nichtige Geschäft durch den Wegfall des Nichtigkeitsgrundes in den Zustand der Schwebe oder Abhängigkeit vom Willen kommt. Denn die jetzt gegebene Möglichkeit der Geschäftserrichtung als den Zustand der Suspension des betr. Geschäftes zu bezeichnen, wäre man gerade so berechtigt, als man sämmtliche überhaupt mögliche Rechtsgeschäfte als suspendirte und vom Willen abhängige bezeichnen und auf diese Weise den ganzen Luftkreis mit schwebenden Rechtsgeschäften bevölkern könnte. Hiemit ist die Unrichtigkeit des Ausgangspunktes der Gregory'schen Beweisführung bewiesen; es fallen damit auch die gezogenen Consequenzen[28]).

---

[28]) Ich halte es deßwegen nicht für nöthig, eine ausführliche Widerlegung der von Gregory seiner Theorie angepaßten Quellenbenützung zu geben. Nur sei erwähnt, daß Gregory die oben bereits erwähnte l. 65 § 1 D. de nupt. 23, 2, welche so deutlich als möglich gegen die Rückwirkung spricht, doch gerade zum Beweise seiner Lehre zu gebrauchen weiß. Zu diesem Behufe stellt er die Behauptung auf, die Fortdauer des consensus maritalis sei blos von Seite der Frau nöthig (S. 40), es liege also keine neue Eheschließung vor. (!?) Hiegegen ist zu erwidern: Wenn diese letztere Behauptung richtig wäre, der Mann also nicht die Ehe als ungiltig behandeln könnte, so läge überhaupt

Es erübrigt noch, die Folgerungen zu ziehen, welche sich aus dem Satze ergeben, daß eine rückwirkende Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte nicht möglich ist.

1. Wenn für ein Rechtsgeschäft eine Form vorgeschrieben ist und dieses Geschäft zwar unter Einhaltung der Form errichtet, aber aus anderm Grunde nichtig ist, so muß der neue Abschluß des Geschäftes wiederholt die schon einmal bethätigte Förmlichkeit einhalten. Dies folgt daraus, daß ein neuer Abschluß vorliegt. Wenn also in dem obigen Falle der l. 65 § 1 D. cit. für die Eheschließung eine bestimmte Form vorgeschrieben wäre, wie dies nach heutigem Recht der Fall ist, so müßte diese

---

keine absolute Nichtigkeit, sondern nur sog. relative Nichtigkeit vor. Dann bewiese der Fall nichts für die nichtigen Geschäfte. Im Uebrigen liegt die Unrichtigkeit der Behauptung auf der Hand. Da ferner die Ratihabition, um mit Gregory's Theorie zu stimmen, auch in diesem Falle zurückwirken muß, die Stelle aber mit der Entscheidung, daß nur die nach der neuen Eheschließung gebornen Kinder legitim seien, hierauf nicht paßt, so schafft sich Gregory eine Rückwirkung in der Weise, daß er annimmt, es würden die zwischen der Amtsniederlegung und der Ratihabition gebornen Kinder durch die nachfolgende Genehmigung legitim (S. 84): „Postea i. e. post depositum officium, ita ut his verbis etiam intelligantur liberi nati post depositum officium et ante ratihabitionem“. Der Jurist aber hat bei Niederschreiben seines Ausspruchs offenbar gar nicht an eine Zwischenzeit zwischen Amtsniederlegung und Ratihabition gedacht. Wenn das „perseverare“, die Fortdauer des ehelichen Zusammenlebens, als ein Zustand in dem Momente der Amtsniederlage vorhanden ist, und hieran dachte der Jurist, so besteht eben kein Zwischenraum, in welchem Kinder geboren werden. Eine Zwischenzeit ist nur in der Art denkbar, daß bei der Amtsniederlegung ein Zusammenleben mit Ehewillen nicht bestanden hat. Daß das nach solchem Zwischenraume neu erfolgende Zusammenleben mit consensus maritalis gar nicht als Fortsetzung des früheren Verhältnisses, sondern als neue Eheschließung betrachtet und darum nicht als ratihabitio bezeichnet werden kann, ist zweifellos. Einen ferneren Beweis für die Rückwirkung der Bestätigung nichtiger Geschäfte schöpft Gregory (S. 39) aus l. 10 D. ad SC. Trebell. 36, 1, wo Gaius folgender Maßen entscheidet: „Sed etsi ante diem vel ante conditionem restituta sit hereditas, non transferuntur actiones, quia non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit. Plane posteaquam exstiterit conditio vel dies venerit, si ratam habeat restitutionem hereditatis, benignius est, intelligi tunc translatas videri actiones.“ Daß wir es hier nicht mit einer Bestätigung zu thun haben, ergibt sich aus l. 1 § 9 D. eod., wo ausdrücklich gesagt ist, daß in dem Falle, wo die Restitution der Erbschaft an eine Bedingung geknüpft ist und vor der Erfüllung der Bedingung bethätigt wurde, der Fideicommissar zur Zeit des Bedingungseintritts noch den Willen haben müsse, das Fideicommiß anzunehmen, damit die Klagen auf ihn übergehen. Sobald dieser Wille von Seite des Fideicommissars erfordert wird — und wir sind wohl berechtigt, dies Erforderniß aus l. 1 § 9 D. cit. in l. 10 D. cit. zu übertragen — liegt kein einseitiger Akt, keine Bestätigung seitens des Restituenten vor. Wenn nach l. 10 D. cit. gleichwohl die Klagen als nicht vom Momente des Bedingungseintritts, sondern von dem der Restitution übergegangen angenommen werden, so ist das eine Spezialvorschrift bezüglich des Trebellianischen Senatusconsults, die mit der Bestätigung nichts zu thun hat.

Form nothwendig wiederholt werden, damit eine richtige Ehe zu Stande käme. Oder wenn ein Testamentsunfähiger ein Testament vor 7 Zeugen ganz formgerecht errichtet und später die Fähigkeit zu testiren erlangt, so genügt nicht eine formlose Erklärung, den Inhalt des früheren nichtigen Testamentes als Testament zu wollen. Vielmehr muß eine Wiederholung der Form eintreten. Die Zeugen müssen wieder berufen, es muß der ganze Akt der Testamentserrichtung wiederholt werden. Wenn ein Wahnsinniger ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, das einer Form bedarf und solche beobachtete, z. B. eine Stipulation regelrecht ausführte, so muß die Stipulationsform wiederholt werden, wenn er nach Aufhören des Wahnsinns dasselbe Geschäft ausführen will. Diese Beispiele lassen sich beliebig vermehren.

2. Wenn ein Rechtsgeschäft unter dem Namen einer Bestätigung eines nichtigen Geschäftes im Rechtsverkehr vorkommt, so ist zunächst auf die concreten Verhältnisse zu sehen und aus diesen zu ermitteln, ob der Autor oder die Autoren des Geschäftes die Absicht hatten, sich in der bereits oben angegebenen Weise zu verpflichten, sich so behandeln zu lassen, als ob das Geschäft bereits damals abgeschlossen wäre, als das Geschäft versucht wurde. Aus der Bezeichnung: Bestätigung oder Genehmigung, Ratihabition u. dgl. dürfte sich übrigens im Zweifel darauf schließen lassen, daß ein Verpflichtungswille des gegebenen Inhaltes vorhanden war.

3. Von einem Rechte der Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte kann nirgends die Rede sein. Daher auch nicht von einer Ausübung solchen Rechtes durch die Erben oder Concursgläubiger.

4. Auf das Rechtsgeschäft, welches unter dem Namen einer Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes auftritt, kommen stets diejenigen Gesetze zur Anwendung, welche zur Zeit der sog. Bestätigung, nicht jene, welche zur Zeit des Versuches bestanden haben. Sind Gesetzesänderungen eingetreten, welche ein zur Zeit des Versuches ausführbares und erlaubtes Geschäft verboten haben, so kann nicht unter dem Namen der Bestätigung eine Errichtung des betr. Geschäftes ausgeführt werden. Z. B. ein Gesetz bestimmt, daß von einem gewissen Zeitpunkt an keine Verträge über Leibeigenschaft mehr errichtet werden dürfen. A und B haben vor diesem Zeitpunkt einen Vertrag dieses Inhaltes geschlossen, welcher jedoch wegen Formfehlers nichtig ist. Sie können nicht unter dem Namen Bestätigung nach der Einführung des Gesetzes jenen Vertrag wiederholen. Oder ein Gesetz bestimmt, daß künftig keine Ehe zwischen Katholiken und Mennoniten geschlossen werden dürfe, während solche Eheschließung vorher gestattet war. Außerdem bestehen Landesgesetze, welche die Ehe-

schließung im Ausland verbieten und denselben die bürgerliche Giltigkeit versagen. Vor der Geltung des ersteren Gesetzes haben die den beiden erwähnten Confessionen angehörigen A und B im Ausland eine solche Ehe geschlossen. Sie kehren in's Inland zurück und erfüllen zu einer Zeit der Geltung jenes Gesetzes die zur Eheschließung vorgeschriebenen Bedingnisse. Ihre Ehe ist ungiltig und kann nicht unter Berufung auf den früheren Eheschluß im Auslande der Herrschaft des neuen Gesetzes entzogen werden.

Sind umgekehrt Gesetzesänderungen eingetreten, welche früher verbotene Rechtsgeschäfte erlauben, so hindert die Bezeichnung „Bestätigung des nichtigen Geschäftes" nicht das Zustandekommen des neuen Rechtsgeschäftes, welches unter die Herrschaft des neuen Gesetzes fällt. Es ist aber ein ganz willkürlich aufgestellter Satz, daß eine solche sog. Bestätigung auf den Zeitpunkt zurückwirke, wo das neue Gesetz in Kraft trete[29]. Vielmehr wirkt das Rechtsgeschäft erst vom Momente seiner Errichtung an.

Wie wir oben gesehen haben, können die Contrahenten den Willen haben, eine Verpflichtung des Inhalts einzugehen, daß sie so behandelt werden, als wenn sie früher das betr. Geschäft geschlossen hätten. Die Möglichkeit solcher Verpflichtung ist nicht auf den Zeitraum beschränkt, seit welchem das Verbot weggefallen ist, d. h. die Contrahenten können sich auch verpflichten, sich so behandeln zu lassen, als ob das Geschäft zu einem Zeitpunkte geschlossen wäre, wo es noch gar nicht möglich war. Es folgt dies aus der Erkenntniß, daß diese Verpflichtung keine objektive Rückwirkung ist. Z. B. wenn ein Gesetz, welches Juden den Erwerb liegender Güter verbot, aufgehoben wird, so können sich der Käufer A, ein Jude, und der Verkäufer gegenseitig verpflichten, sich so behandeln zu lassen, als ob sie zu einem vor die Geltung des neuen Gesetzes fallenden Termine bereits den Kaufvertrag über die Immobilien geschlossen hätten.

5. Wenn unter dem Namen der Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes die Abschließung eines neuen Geschäftes mit der Verpflichtung vorkommt, sich so behandeln zu lassen, als ob etc., so können hiedurch erworbene Rechte dritter Personen nicht beeinträchtigt werden. Es ist das von besonderem Einfluß bei denjenigen Rechten, bei welchen Priorität über den Vorrang entscheidet.

---

29) Gregory l. c. S. 34.

§ 23.

Bestätigung anfechtbarer und sog. relativ nichtiger Geschäfte.

Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist rechtlich vorhanden. Es kann lediglich durch Anfechtung vernichtet werden. Derjenige, welcher zur Anfechtung berechtiget ist, hat das Wahlrecht, ob er das Geschäft aufrecht erhalten will oder nicht. Wird dieses Wahlrecht in seiner ersten Alternative geltend gemacht, so wird das Rechtsgeschäft unwirksam. Wird das Wahlrecht in seiner zweiten Alternative ausgeübt, so ist der Wille auf Aufrechthaltung des Rechtsgeschäftes gerichtet; die Gefahr der Vernichtung, welche über dem Geschäfte schwebte, wird beseitigt, und das Geschäft wird giltig und zwar, da es auch schon vor dieser Willenserklärung rechtlichen Bestand hatte, giltig vom Anfang an.

Die Geltendmachung dieses Wahlrechtes ist ein einseitiger Akt. Es liegt dies in der Natur der Sache, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft in Frage ein einseitiges ist. Aber auch bei zweiseitigen Rechtsgeschäften ist die Bestätigung ein einseitiger Akt. Dies folgt aus dem Begriffe der Anfechtbarkeit. Eine Willenserklärung des Gegentheils, eine Annahme der Bestätigung, könnte blos dann einen Sinn haben, wenn der Gegentheil auch die Annahme verweigern könnte. Stünde die Weigerung in seiner Befugniß, dann hätte der Anfechtungsberechtigte kein Wahlrecht, m. a. W., er wäre nicht zur Anfechtung berechtigt.

Hiemit ist nicht in Abrede gestellt, daß es Rechtsgeschäfte geben kann, welche von beiden Seiten anfechtbar sind. In solchen Fällen kann die Bestätigung von einer Seite die Anfechtbarkeit von der andern Seite natürlich nicht aufheben. Es müssen, um das Geschäft beiderseits unanfechtbar zu machen, zwei Bestätigungen eintreten. Wenn hier in der nachfolgenden Bestätigung eine Annahme der vorausgehenden Bestätigung oder bei gleichzeitiger Erklärung in einer jeden Bestätigung die Annahme der andern gelegen ist, so thut das der prinzipiellen Einseitigkeit derselben keinen Eintrag. Denn es ist selbstverständlich, daß auch bei dem nur von einer Seite anfechtbaren Geschäft im Falle der Bestätigung die Annahmserklärung von der andern Seite hinzukommen kann. Nur ist diese Annahmserklärung rechtlich von keiner Bedeutung, weil sie nicht nothwendig ist.

Der Einseitigkeit thut es ferner keinen Eintrag, daß möglicher Weise die Bestätigung durch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft veranlaßt sein kann. So kann es vorkommen, daß der andere Contrahent, welchem an der Ertheilung der Bestätigung gelegen ist, sich an den Anfechtungsberechtigten wendet und diesem für Ertheilung der Bestätigung irgend welchen Vor=

theil, z. B. eine Geldsumme bietet. Ein solcher Vertrag ist ein Innominatcontrakt, welcher unter die Formel „Do ut facias" gehört. Die Bestätigung ist das facere, welches dann allerdings wegen der Formlosigkeit des Bestätigungswillens, der offenbar in solchem Vertragsschlusse bereits vorliegt, keiner weiteren Bethätigung bedarf.

Die auf Bestätigung abzielende Willenserklärung muß bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft in der Regel demjenigen gegenüber abgegeben werden, welcher als Mitcontrahent erscheint. Die einer beliebigen dritten Person gegenüber gemachte Aeußerung, man wolle das Geschäft in Frage nicht anfechten, ist überhaupt nicht bindend, weil sich wenigstens in der Regel in derselben nicht der Wille kundgibt, auch wirklich bestätigen zu wollen. Es können aber besondere Umstände hinzukommen, welche uns veranlassen, die dem Dritten geschehene Kundgabe als eine Bestätigung aufzufassen; wenn sich nämlich aus den Umständen die Ernstlichkeit des Bestätigungswillens ergibt. Wenn ich z. B. dritte Personen ausdrücklich als Zeugen dafür aufrufe, daß ich hiemit mein Bestätigungsrecht ausübe, oder wenn ich einen Dritten beauftrage, meine Erklärung dem Mitcontrahenten zu überbringen, so liegt in diesen Erklärungen, abgesehen davon, ob die Zeugen oder der Beauftragte meinen Willen dem Mitcontrahenten kundgeben, eine wirkliche Bestätigung. Z. B. ich kann ein Kaufgeschäft wegen dolus des Verkäufers anfechten; eine glückliche Marktconjunktur macht das Geschäft dessen ungeachtet für mich außerordentlich vortheilhaft. Ich erkläre deßhalb in Gegenwart mehrerer Freunde, das Geschäft jetzt aufrechthalten zu wollen, und beauftrage einen derselben, hievon dem Verkäufer Nachricht zu geben. Dieser vergißt vollständig auf diesen Auftrag; ich sterbe wenige Tage darauf; da inzwischen eine neue Preisschwankung zu meinen Ungunsten eingetreten ist, so will mein Erbe das Geschäft nicht gelten lassen. Der Verkäufer hat durch irgend welchen Zufall nach meinem Tode von jener meinerseits gegebenen Bestätigung vernommen und kann solche durch die Anwesenden als Zeugen beweisen. Dann gilt die Bestätigung; der Erbe muß dem Geschäfte stehen.

Aus diesen Regeln folgt, daß auch in dem Falle der Abwesenheit des Mitcontrahenten eine Bestätigung ohne sein Wissen erfolgen kann. Es braucht nur die Erklärung der Bestätigung in einer Weise abgegeben zu werden, daß man den Bestätigungswillen deutlich erkennen mag; also z. B. vor Zeugen, die man als solche anruft; durch schriftlich niedergelegte, etwa noch gerichtlich oder notariell verlautbarte Erklärung.

Einem Stellvertreter des Mitcontrahenten gegenüber, sei er nothwendiger oder freier Stellvertreter, General- oder Spezialprokurator, kann die Bestätigung mit Wirkung erklärt werden. Es folgt aus der Einseitigkeit, daß in allen diesen Fällen die Bestätigung selbst nicht vom

Momente der Kenntnißnahme des Mitcontrahenten datirt, sondern vom Zeitpunkt der Abgabe.

Eine besondere *Form* ist für die Erklärung der Bestätigung nirgends vorgeschrieben. Daraus folgt, daß der Bestätigungswille in jeder beliebigen Form erklärt werden kann. Eine *ausdrückliche* Erklärung ist nicht nöthig. Wie jeder andere Wille, für den keine Erklärungsform angeordnet ist, kann also auch der Bestätigungswille in concludenten Handlungen zu Tage treten. Man spricht in diesen Fällen von *stillschweigender Bestätigung*. Eine besondere *Art* von Bestätigung kann man nicht darin erblicken. Welche Handlungen einen Schluß auf das Vorhandensein des Bestätigungswillens gestatten, ist eine Frage, die nicht allgemein, sondern nur nach den concreten Verhältnissen beurtheilt werden kann. Es lassen sich keine Handlungen nennen, welche überall und unter allen Umständen eine Bestätigung enthielten. Zu erwähnen ist, daß regelmäßig die *Annahme* einer Leistung aus dem anfechtbaren Geschäft, wie die *Hingabe* einer Leistung aus solchem Geschäfte, einen Bestätigungswillen enthalten; jedoch nur, wenn der Annehmende bez. Leistende zur Zeit der Annahme bez. Leistung die Anfechtbarkeit kannte. Auch mit dem blosen Stillschweigen kann die Wirkung der Bestätigung verbunden sein. Dies ist dann der Fall, wenn das Gesetz die Anfechtbarkeit auf bestimmte Zeitdauer beschränkt. Man hat in diesen Fällen von gesetzlicher oder fingirter Bestätigung bez. Ratihabition gesprochen. Wo die Anfechtung mittels Klage zu geschehen hat (z. B. actio doli, actio quod metus causa, actio redhibitoria, in integrum restitutionis petitio), kann man auch die Klagenverjährung als den Grund der Convalescenz ansehen; im praktischen Resultat ist das gleich.

Durch Unterlassen der Abgabe einer Erklärung wird auch dann eine Bestätigung erklärt, wenn durch Privatübereinkommen oder durch den Richter dem Anfechtungsberechtigten eine Frist zur Erklärung vorgesteckt ward unter dem Präjudize der Annahme der Bestätigung. Jeder Mitcontrahent eines anfechtbaren Geschäftes hat ein Interesse, zu wissen, welchen Gebrauch der Anfechtungsberechtigte von seinem Wahlrecht macht, und zwar wäre es höchst unbillig, ihn bis zur Verjährung der Anfechtungsklage oder Endigung der gesetzlichen Anfechtungsfrist im Ungewissen zu lassen. Er muß daher das Recht haben, den Gegentheil aufzufordern, sich binnen einer nach den Umständen und billigem Ermessen zu gewährenden Deliberationsfrist zu erklären, ob er das Geschäft wolle oder nicht. Hiebei kann negatives und affirmatives Präjudiz gestellt werden. Letzteren Falls enthält das Stillschweigen die Bestätigung.

Formlos kann die Bestätigung selbst dann ertheilt werden, wenn für das Rechtsgeschäft in Frage eine Form vorgeschrieben war. Dies setzt

voraus, daß das anfechtbare Geschäft unter Beobachtung der Formen geschlossen ward. Denn ein Formfehler würde stets Nichtigkeit zur Folge haben. Das förmliche Geschäft kann aber aus anderem Grunde anfechtbar sein. Die Form braucht nicht wiederholt zu werden, weil ja das anfechtbare Rechtsgeschäft selbst rechtlich vorhanden ist. Deßwegen ist der Formvorschrift genügt. Z. B. ein Partikulargesetz schreibt vor, daß Verträge über Immobilien notariell verlautbart werden müssen. Ich habe mit X einen solchen Vertrag vor dem Notar geschlossen, den ich aber wegen eines von X geübten Dolus oder Zwanges oder wegen Irrthums anfechten kann. Bestätige ich solchen Vertrag, so braucht dies nicht notariell, sondern kann in jeder Form erklärt werden.

Für die Zeit der Bestätigung[1]) bestehen keine besonderen Vorschriften. So lange noch angefochten werden kann, kann auch bestätigt werden. Das Recht des Mitcontrahenten auf Abgabe der Erklärung, welches bereits erwähnt ward, kann die Zeit abkürzen.

Berechtigt, die Bestätigung vorzunehmen, ist jeder Handlungsfähige, vorausgesetzt, daß der Anfechtbarkeitsgrund nicht mehr im Wege steht, daher kann die Bestätigung eines dem Haussohn gegebenen Darlehens erst mit dem Aufhören des Haussohnverhältnisses stattfinden[2]), die Bestätigung einer Schenkung unter Ehegatten erst mit dem Tode eines derselben[3]), oder nach der Scheidung, die Bestätigung eines mit in integrum restitutio e. c. min. anfechtbaren Geschäftes erst mit erlangter Volljährigkeit[4]) u. s. w. Die bei noch fortdauerndem Anfechtbarkeitsgrunde gegebene Bestätigungserklärung ist unwirksam. Von dieser Regel hat die just. Gesetzgebung eine singuläre Ausnahme statuirt: die nach zwei Jahren nach erfolgter Intercession ertheilte Bestätigung der Intercession einer Frau schließt die Exceptio des Vellejanischen Senatsbeschlusses aus, trotzdem daß auch diese Bestätigung selbst wieder unter den Gesichtspunkt der Intercession fällt.

L. 22. Cod. ad SC. Vell. 4, 29.

Nov. 61 c. 1 § 1. i. f.

Ein besonderes Prinzip liegt dieser Ausnahme nicht zu Grunde; sie gehört vielmehr zu den Abnormitäten der Kaisergesetzgebung.

---

[1]) Die in l. 13 D. de solut. 46, 3 u. l. 12 § 2 D. rat. rem. 46, 8 gegebenen Vorschriften sprechen nicht von Bestätigung und können nur auf dem Wege der Analogie für diese benützt werden. Die Analogie hat hier die Nothwendigkeit, eine angemessene Deliberationsfrist zu gewähren, zum Gegenstand.

[2]) l. 7 § 16 D. ad SC. Mac. 14, 6. l. 19 D. eod. l. 2 C. ad SC. Mac. 4, 28.

[3]) l. 25 Cod. de don. i. v. e. u. 5, 16.

[4]) l. 1 Cod. si maj. factus 2, 46. l. 2 C. eod.

Ist das Subjekt des Rechtsgeschäftes, welches anfechtungsberechtigt ist, nicht handlungsfähig, so tritt an seine Stelle bezüglich der Erklärung der Bestätigung sein gesetzlicher Vertreter. Für den Handlungsfähigen kann die Bestätigung auch erklärt werden vom Generalprokurator, da sie eine die Vermögensverwaltung betreffende Handlung ist, ferner vom Spezialprokurator. Eine vom Gestor ausgehende Bestätigung kann vom Geschäftsherrn genehmigt werden. Das Bestätigungsrecht geht auch auf die Erben des ursprünglich Anfechtungsberechtigten über. Das Anfechtungsrecht selbst ist ein Vermögensrecht. Es ist nicht rein persönlicher Natur und geht daher regelmäßig auf die Erben über.

Eine Ausnahme hievon macht:

l. 25 C. de d. i. v. e. u. 5, 16,

der gemäß bei Schenkungen unter Ehegatten das Anfechtungsrecht nicht auf die Erben übergeht.

Dagegen ist nicht zu bezweifeln, daß actio und exceptio quod metus causa, doli, actio redhibitoria, etc. etc. auf die Erben übergehen. Geht das Anfechtungsrecht auf den Erben über, so ist dieser auch befugt, von solchem keinen Gebrauch zu machen und das Geschäft zu bestätigen[5]).

Die Bestätigung hat man als einen Verzicht auf ein Recht charakterisirt[6]). Dies ist richtig, wenn man unter Verzicht nichts weiter, als das Aufgeben einer Berechtigung versteht. Denn die Bestätigung enthält die Aufgabe des Anfechtungsrechtes. Sobald man jedoch, wie dies gewöhnlich geschieht, unter Verzicht einen Vertrag versteht, in welchem ein Theil ein Recht aufgibt und ein Anderer diese Aufgabe acceptirt, ist jene Charakterisirung unrichtig; denn die Bestätigung bedarf nicht der Annahme.

Der Satz, daß die Bestätigung anfechtbarer Geschäfte auf den Anfang zurückwirke, ist zu allen Zeiten und zu allen Orten anerkannt worden; derselbe findet auch seine quellenmäßigen Belege in den beiden Hauptstellen:

l. 25 C. de d. i. v. e. u. 5, 16 u.

l. 7 pr. C. ad SC Mac. cit. Ferner z. B. in l. 7 § 16. l. 19 D. ad SC. Mac. 14, 6.

l. 2 C. de his quae vi 2, 20.

l. 4 C. eod.

l. 1. 2 C. Si major fact. 2, 46. etc. etc.

---

5) Vgl. a. l. 1 § 1 Cod. de contr. jud. 1, 53.

6) Wächter, würt. Pr.-R. II. S. 657. Unger, österr. Pr.-R. II. § 92 sub Ziff. 3.

Was im Vorstehenden von anfechtbaren Geschäften gesagt ward, gilt auch für die durch einfache Willenserklärung anfechtbaren, welche man gewöhnlich als relative[7]) oder unentschiedene[8]) oder bedingte[9]) Nichtigkeitsfälle bezeichnet.

Stimmt man der hier vertretenen Annahme bei, daß diese Rechtsgeschäfte prinzipiell gar nicht von den anfechtbaren verschieden sind[10]), indem nur das Mittel der Anfechtung wechselt, so bedarf es bezüglich dieser Fälle keiner besonderen Behandlung.

Da jedoch die z. Z. noch herrschende Lehre damit nicht übereinstimmt, so dürfte es geboten sein, zu untersuchen, ob sich nicht aus dem Begriffe der relativen oder bedingten Nullität die Rückwirkung der Bestätigung ergibt. Gelingt es uns, dies nachzuweisen, so haben wir wohl ein Recht, in der ganzen auf diesen Grundsatz gebauten Bestätigungslehre die relativ nichtigen Geschäfte den anfechtbaren gleichzustellen.

Das Argument für die Rückwirkung der Bestätigung eines relativ nichtigen Geschäftes ist einfach: Das relativ oder bedingt ungiltige Geschäft muß jedenfalls eine rechtliche Existenz haben, sonst könnte es auch nicht bedingt giltig sein. Eine relative Nullität ist bei zweiseitigen Rechtsgeschäften blos so denkbar, daß es dem einen Theil anheim gegeben ist, das Geschäft aufrecht zu halten oder zu vernichten. Folglich kann der andere Theil nicht beliebig zurücktreten. Ein Geschäft, welches den einen Theil am Rücktritt hindert, ist nicht rechtlich ungiltig zu nennen. Das Rechtsgeschäft soll vielmehr in einem Schwebezustand sich befinden, welcher je nach dem Willen der betr. Person in Giltigkeit oder Ungiltigkeit ausschlägt. Adoptiren wir diese etwas schwerfällige Vorstellung, so erscheint die Erklärung, das Geschäft nicht zu wollen, als die Bedingung der Nichtigkeit; diese Erklärung wird mit der Bestätigung unmöglich; es deficirt also mit der Bestätigung die Bedingung der Nichtigkeit. Das Geschäft, welches von Anfang an nicht ungiltig war, bleibt also jetzt giltig. Folglich ist die Bestätigung auch hier von rückwirkender Kraft.

Anerkannt ist dies von allen Schriftstellern, welche diese Art von Anfechtbarkeit eigens behandeln. Ueberdies hat sich die Erkenntniß dieses Satzes

---

7) Lauterbach: de alienatione rerum quae minorum sunt § 44 ss. (Diss. acad. T. 1. n. 7 p. 219). De fundo dotali § 38 (Diss. l. c. n. 76). J. H. Böhmer jus. eccles. prot. Lib. IV. t. 1. § 142. t. 15 § 1. (Nullitas secundum quid). Unger österr. Pr.-R. II. Bd. § 91. Z. 5.

8) Savigny Syst. IV. S. 536.

9) Puchta Pand. § 67 N. d. Windscheid Pand. I. S. 181. (Schwebende Nichtigkeit.)

10) Hiefür ist auch Gregory S. 40 ff.

von der rückwirkenden Kraft der Bestätigung eines vom Willen abhängigen Rechtsgeschäftes in dem früher bereits besprochenen und in seiner Allgemeinheit als falsch erwiesenen Satze verkörpert, daß die Bestätigung eines nichtigen Geschäftes dann rückwirkend sei, wenn das nichtige Geschäft lediglich vom Willen des Bestätigers abhänge, oder wenn dem nichtigen Geschäft nichts als die Ratihabition fehle. Bei den hier erwähnten sog. nichtigen Rechtsgeschäften hatte man offenbar die Klasse der relativ nichtigen vorzugsweise im Auge.

Die Rückwirkung der Bestätigung relativ nichtiger Geschäfte finden wir in den röm. Gesetzen anerkannt. So vor Allem in

l. 25 Cod. de d. i. v. e. u. 5, 16;

denn die Schenkung unter Ehegatten ist ja selbst ein sog. relativ nichtiges (durch einfache Willenserklärung anfechtbares) Geschäft. Ferner in

l. 1 § 1 C. de contr. jud. 1, 53.

Hier ist vorgeschrieben, daß die kaiserlichen Beamten in Constantinopel während ihrer Amtsführung keine Geschenke annehmen sollen, und daß diese Schenkungen nur dann Kraft haben, wenn der Schenker in der Zeit nach der Niederlegung des vom Beschenkten innegehabten Amtes entweder eine ausdrückliche Bestätigung vorgenommen hat, oder fünf Jahre nach der Amtsniederlegung ohne Widerruf verstreichen ließ. Ausdrücklich ist hier nicht gesagt, daß die Bestätigung auf den Zeitpunkt, wo die Schenkung gemacht wurde, zurück zu datiren sei. Aus der ganzen Fassung der Stelle ist aber ersichtlich, daß keine neue Schenkung, zu welcher auch eine neue Annahme gehörte, in der Bestätigung liegt[11]). Daraus geht hervor, daß die in l. 1 Cod. cit. behandelte Ungiltigkeit nicht Nichtigkeit sein kann; denn die Schenkung, die im Falle des Nichtwiderrufes convalescirt, kann man nicht unter die Klasse der rechtlich nicht vorhandenen Geschäfte stellen.

Eine rückwirkende Bestätigung müssen wir auf Grund der

l. 3 Cod. Si major factus 5, 74

auch annehmen bei Veräußerungen von Gütern von Minderjährigen. In dieser Stelle ist ausgesprochen, daß solche Veräußerungen, welche ohne Dekret vorgenommen wurden, convalesciren, falls sie 5 Jahre (bei reinen Schenkungen 20 und 25 Jahre), vom Tage der Volljährigkeit an gerechnet, nicht widerrufen werden. Hienach steht fest, daß Veräußerungsgeschäfte über Güter der angegebenen Art nicht absolut nichtig sind, sondern lediglich anfechtbar durch blose Willenserklärung. Wären

---

[11]) Für die Rückziehung dieser Bestätigung spricht auch der äußere Grund der zeitlichen Nähe der l. 1 Cod. cit. mit der mehrerwähnten l. 25 Cod., ersteres Gesetz datirt vom V. Id. Decemb. 528, letzteres von dem Id., nach andern IV. Id. Decemb. 528.

sie absolut nichtig, so könnte der andere Contrahent nicht gebunden sein. Wäre dem anderen Contrahenten der Rücktritt offen, so würde eine Convalescenz durch bloses Stillschweigen seitens des Veräußernden unmöglich sein. Es müßte auch seinerseits eine Willenserklärung oder wenigstens eine Fortdauer des auf die Errichtung des Geschäftes gerichteten Willens erfordert werden. Dies Erforderniß wird aber nicht aufgestellt. Sind derartige Veräußerungsgeschäfte nicht nichtig, so sind sie auch einer rückwirkenden Bestätigung fähig. Auch sind wir zu dem Schlusse berechtigt, daß wenn im Falle des 5- bez. 20jährigen Stillschweigens rückwirkende Convalescenz eintritt, solche auch im Falle der Bestätigung vor Ablauf dieser Frist eintreten muß. Hiemit ist zugleich dargethan, daß man die l. 3 Cod. cit. nicht zum Beweise einer rückwirkenden Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte verwerthen kann, wie dies von verschiedenen Seiten geschehen ist [12]).

Aus der Gleichstellung der sog. relativ nichtigen mit den anfechtbaren Geschäften folgt auch, daß die bezüglich der Vererbung des Bestätigungsrechtes, der Form und Einseitigkeit der Bestätigung ꝛc. zunächst für anfechtbare Geschäfte aufgestellten Regeln auch für relativ nichtige Geschäfte gelten müßten, wenn man solche überhaupt noch ausscheidet.

Aus dem Grundsatze, daß das anfechtbare (bez. relativ nichtige) Geschäft durch Bestätigung rückwärts giltig wird, ergeben sich folgende praktische Consequenzen:

1. Das Rechtsgeschäft, welches bestätigt wird, trägt das Datum der ursprünglichen Errichtung. Dies ist von besonderer Bedeutung dann, wenn auf dieses Datum, wie allerdings in der Regel nicht, etwas ankommt. Z. B. Jemanden ist ein bedeutendes Legat unter der Bedingung vermacht worden, daß er binnen 4 Wochen nach dem Tode des Erblassers dessen Geburtshaus von X ankaufe. Die Unterhandlungen mit X schreiten langsam vorwärts, indem der Legatar auf dessen Preisforderung, die übrigens nicht gerade eine übertriebene ist, nicht eingehen will. Vor Ablauf der 4 Wochen zwingt der Legatar den X zum Abschlusse eines Kaufvertrags, in welchem er ihm das Haus verkauft. X ist berechtigt, den Kauf wegen Zwangs anzufechten. Besondere Zeitverhältnisse veranlassen ein plötzliches Sinken der Häuserpreise. X bestätigt das nunmehr vortheilhaft erscheinende Kaufgeschäft,

---

[12]) Zu bemerken ist hier, daß dann, wenn nicht der Mündel, sondern der Vormund die Veräußerung vornahm, eine Bestätigung **nicht** eintreten kann, wohl aber eine **Genehmigung**.

aber nach Ablauf der 4 Wochen. Der Honorirte hat die Bedingung des Legates erfüllt, weil das Geschäft das frühere Datum trägt.

2. Die Verjährung der Klagen aus dem bestätigten Rechtsgeschäft beginnt nicht erst mit der Bestätigung, sondern mit dem Abschlusse des Geschäftes. Dies hängt mit dem sub 1 entwickelten Satze zusammen. Für die mittels eines Rechtsmittels, einer actio oder exceptio anfechtbaren Geschäfte hat dies nicht den mindesten Anstand. Denn es ist kein Zweifel darüber, daß der Anfechtungsberechtigte sowohl wie der Mitcontrahent bereits von Zeit der Errichtung des Geschäftes an die betr. Klage anstellen konnte. Z. B. wenn ich zu einem Kaufgeschäfte durch Dolus veranlaßt werde, folglich solches mittels doli actio und exceptio anfechten kann, so stehen mir die Kaufsklagen von dem Momente des Abschlusses an zu; und können die Verkäuferklagen gegen mich sofort geltend gemacht werden, obwohl ich die exceptio dagegen habe. Bestätige ich nach einem Zwischenraum von 6 Monaten den Vertrag, indem ich die exceptio doli aufgebe, so habe ich die Wandelklage, die bereits in 6 Monaten vom Vertragsabschlusse an gerechnet verjährt, nicht mehr.

Ebenso wenig dürfte bezüglich derjenigen durch blose Willenserklärung anfechtbaren Geschäfte, welche gegenseitige Obligationsverhältnisse zu begründen geeignet sind, bezweifelt werden, daß die Klage ans dem Geschäft vom Momente des Abschlusses an sowohl dem Anfechtsberechtigten wie seinem Gegenpart freisteht. Derjenige z. B., welcher von einem Minderjährigen eine Sache kaufte, hat die actio emti von diesem Momente an und er kann sie vor Gericht anstellen, worauf dann allerdings die Entscheidung über die Aufrechthaltung des Kaufes erfolgen wird. Der Minderjährige hat ebenso die actio venditi.

Dagegen kann man wohl bezweifeln, ob man in Fällen wie dem in l. 25 Cod. cit. oder L. 1 Cod. de contr. jud. cit. erwähnten, wo überall blos eine rein einseitige Verpflichtung des Anfechtungsberechtigten vorliegt, sagen kann, es habe der Beschenkte vom Momente der Schenkung an eine Klage. Es wird sich jedoch aus folgenden Erwägungen ergeben, daß die Frage nach dem Beginn der Verjährung der Schenkungsklage hier unpraktisch ist. Entweder ist die Schenkung ausgeführt, oder nicht. Ist sie ausgeführt, so kann der Schenknehmer keine Klage haben, die verjähren könnte. Ist sie nicht ausgeführt, so hat es der Beschenkte stets in der Hand, den Schenker um den Vollzug der Schenkung außergerichtlich anzugehen. Jetzt ist zweierlei möglich: entweder der Schenker bringt die Schenkung zur Ausführung; dann ist der ersterwähnte Fall vorliegend: es gibt keine Schenkungsklage, die verjähren könnte. Oder er weigert sich, die Schenkung auszuführen;

dann liegt in dieser Weigerung ein Widerruf der Schenkung, welcher genügt, um die Nichtigkeit des ganzen Geschäftes definitiv festzustellen.

Wir sind daher nicht veranlaßt, von der Regel, daß die Klagenverjährung mit dem Momente der Errichtung, nicht der Bestätigung beginne, eine Ausnahme zu machen.

3. Das Geschäft, welches bestätigt ist, wird nach den zur Zeit der Errichtung, nicht nach den zur Zeit der Bestätigung geltenden Gesetzen beurtheilt. Es werden also diejenigen Gesetze auf das Geschäft angewendet, welche zur Zeit der Errichtung in Bezug auf Erlaubtheit oder Unerlaubtheit des Geschäftes, bez. einzelner Bestandtheile desselben, in Bezug auf die Form desselben, die Handlungs- und Erwerbsfähigkeit der Contrahenten bestanden haben.

Z. B. bezüglich der Erlaubtheit: Ein Gesetz ordnet an, daß vom 1. Januar 1800 an keine Verträge über Leibeigenschaftserrichtung mehr geschlossen werden sollen. Ein wegen Zwangs anfechtbarer Vertrag dieses Inhalts wird vor diesem Termine geschlossen; nach diesem Termine bestätigt. Der Vertrag fällt unter das alte Gesetz; ist sonach giltig.

Ein Gesetz, welches das Nehmen von höheren als 6 pCtigen Zinsen verbot, wird vom 1. Januar 1868 an außer Kraft gesetzt. Ich wurde durch Dolus veranlaßt, Jemanden, der ganz vermögenslos ist, ein Capital zu 7 pCt. Zinsen zu leisten; die Darlehenshingabe fällt vor der Gesetzesaufhebung. Ich bestätige, da mein Schuldner plötzlich durch eine Erbschaft zu Vermögen kam, den Vertrag nach dem 1. Januar 1868. Die Zinsenverabredung gilt bis zu dem 1. Januar 1868 nur auf 6 pCt.; würde das Geschäft, lediglich nach dem Bestätigungstermine zu beurtheilen sein, so würde die 7 pCtige Verzinsung zu fordern sein.

In Bezug auf die Form: Beispiel: Ein Gesetz schreibt vor, daß vom 1. Juli 1862 an alle Verträge über Immobilien notariell verlautbart werden müssen. Ich habe als Minderjähriger vor diesem Termine mittels formlosen Vertrages ohne Vormund und Dekret meinen Garten an X verkauft. Kurz nach dem 1. Juli 1862 werde ich volljährig und bestätige das Geschäft, dessen Dasein von meinem Willen abhängt. Diese Bestätigung selbst bedarf keiner Form. Das Geschäft ist jetzt giltig, obgleich die Bestätigung unter die Herrschaft des neuen Gesetzes fällt.

Der umgekehrte Fall, daß eine Formvorschrift zur Bestätigungszeit hinweggefallen ist, kann nicht vorkommen, weil das mit einem Anfechtbarkeitsgrund behaftete Geschäft, wenn es den zur Zeit der Errichtung bestehenden Formvorschriften nicht genügt, schon aus letzterem Grunde absolut nichtig ist.

In Bezug auf Handlungsfähigkeit und Erwerbsfähigkeit: Beispiele: Ein mit dem Jahre 1868 in Kraft tretendes Gesetz bestimmt, daß Ehefrauen bei Meidung der Nichtigkeit ohne Mitwirkung ihres Ehemannes kein Darlehen aufnehmen können. Die Ehefrau hat vor diesem Zeitpunkt den Y zur Darleihung eines Darlehens dolos veranlaßt, so daß X anfechtungsberechtigt ist. Nachdem das neue Gesetz Geltung erhalten, bestätigt Y das Darlehensgeschäft. Würde das neue Gesetz, welches zur Zeit der Bestätigung gilt, auf das Darlehensgeschäft anzuwenden sein, so wäre es nichtig, weil es ohne des Ehemannes Mitwirkung geschlossen. Das Geschäft ist aber giltig.

Oder: Ein Gesetz schreibt vor, daß den Israeliten keine Forderungen an Christen cedirt werden dürfen. Der Israelite X hat mich vor Geltung dieses Gesetzes durch Drohungen veranlaßt, ihm eine Forderung an einen Christen zu cediren. Ich bestätige diese Cession z. Z., da das neue Gesetz in Kraft getreten. Die Cession fällt unter das alte Gesetz und ist giltig. Die Richtigkeit des Grundsatzes, welcher in Beurtheilung dieser Fälle zur Anwendung kam, wird auch bekräftigt dnrch die Erwägung, daß in den meisten Fällen die Anfechtbarkeit nach einer gewissen Zeit erlischt, und daß, wenn wir das Geschäft im Bestätigungsfalle nach den Gesetzen der Zeit der Bestätigung beurtheilen wollten, wir consequent auch die durch Ablauf der Anfechtbarkeitszeit convalescirenden Geschäfte nach dem Zeitpunkte beurtheilen müßten, in welchem dieser Zeitraum abgelaufen wäre; also z. B. das erzwungene Geschäft nach dem Zeitpunkt, wo die actio und exceptio quod metus causa erloschen ist. Daß dies nicht angeht, dürfte man gerne einräumen. Der letzte Grund des hier vertretenen Satzes liegt allerdings nicht in dergleichen praktischen Erwägungen, sondern in der allgemeinen für die Rückwirkung neuer Gesetze geltenden Regel, daß kein Gesetz rückwirken darf, welches das Individuum nur durch die Vermittlung seines Willensaktes trifft [13]). Denn auch die Errichtung eines anfechtbaren Geschäftes ist eine Willensbethätigung der Contrahenten und beide haben durch diesen Willensakt ein Recht erworben, daß das den gegenwärtigen Gesetzen entsprechende allerdings anfechtbare Rechtsgeschäft in der Art und Weise, wie es eben zu Stande kam und in der problematischen Existenz durch neue Gesetze nicht berührt werde.

Für die entwickelten Regeln habe ich in den Quellen einen direkten Beweis nicht gefunden. Sie folgen jedoch mit absoluter Consequenz aus dem Grundsatze der objektiven Rückwirkung. Zu constatiren ist, daß aus l. 24 D. rat. rem hab. 46, 8 kein Argument dagegen gewonnen werden

---

[13]) Lasalle, System der erworb. Rechte I. S. 55 ff.

kann, weil diese Stelle nicht von Bestätigung handelt. Auch dürfte sich aus der bisherigen Erörterung bereits ergeben haben, daß die Rückwirkung der Bestätigung ganz anderer Natur ist, als die Rückwirkung der Genehmigung einer Geschäftsführung, so daß also an einer verschiedenen Behandlung der einen und andern in Bezug auf die Einwirkung neuer Gesetze kein Anstoß genommen werden darf.

4. Das aus dem bestätigten anfechtbaren Rechtsgeschäft entspringende Recht geht dem in der Zwischenzeit zwischen Errichtung und Bestätigung erworbenen Rechte einer dritten Person vor. Gewöhnlich wird für die ganze Ratihabitionslehre, also auch für die Bestätigung anfechtbarer Rechtsgeschäfte unter Berufung auf den allgemeinen Grundsatz, daß wohlerworbene Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden können, das Gegentheil behauptet. Ich werde jedoch den Nachweis liefern, daß man, ohne mit diesem Grundsatze in Collision zu kommen, der hier aufgestellten Ansicht als der richtigen beipflichten kann.

Zur Betrachtung wählen wir die Pfandbestellung für ein Darlehen. Es ist nöthig, vor der Hand zwischen den mittels einfacher Willenserklärung anfechtbaren und solchen Rechtsgeschäften zu unterscheiden, zu deren Anfechtung ein Rechtsmittel (actio oder exceptio) gehört:

a) Anfechtbarkeit mittels einfacher Willenserklärung. Der Minderjährige A hat ohne Vormund und sine decreto mit B einen Darlehensvertrag geschlossen, in welchem er dem B eine erste Hypothek für 100 an seinem Hause bestellte. Der Pfandvertrag ist mittels einfacher Willenserklärung anfechtbar. Was hat eine Pfandbestellung an X, welche in der Zeit zwischen Errichtung des Pfandrechtes des B und vor der Bestätigung von dem inzwischen volljährig gewordenen A bethätigt wird, in Bezug auf das Geschäft mit B für eine Bedeutung? Wir scheiden zunächst den Fall aus, wo A dem X ein zweites dem des B nachgehendes Pfandrecht bestellt, weil hier eine Collision der beiden Pfandrechte nicht möglich ist. Es bleibt also noch der Fall übrig, wo A dem X gleichfalls das erste Pfandrecht bestellt[14]).

---

[14]) Eine dritte Möglichkeit bestände darin, daß nichts darüber gesagt wird, ob das Pfandrecht des X das erste oder das wievielste sein solle; was immerhin bei verständigen Geschäftsleuten unwahrscheinlich ist. Regelmäßig wird hier der Pfandnehmer keineswegs berechtigt sein auf ein erstes Pfandrecht; dann kann er auch nicht als beeinträchtigt angesehen werden, wenn die Bestätigung des früheren Geschäftes die Wirkung hat, daß sein Recht dem des B nachsteht. Wenn besondere Umstände vorliegen, kann der Pfandnehmer allerdings zu der Annahme berechtigt erscheinen, daß auch ohne ausdrückliche Versicherung ein erstes Pfandrecht bestellt werden sollte. Dann liegt der Fall gerade so, wie bei ausdrücklicher Erklärung.

Entweder kannte A bei der Bestellung des Pfandes an X die Anfechtbarkeit des Geschäftes mit B oder er kannte sie nicht. Kannte er die Anfechtbarkeit, so liegt in der Bestellung des ersten Pfandrechtes an X eine Erklärung des Willens dahin, das Geschäft mit B solle nicht aufrecht erhalten werden. Durch solche Willenserklärung ist das Geschäft bereits angefochten und vernichtet. Somit ist A nicht mehr zur Bestätigung berechtigt. Da die Bestätigung nicht mehr geschehen kann, so ist von einer Collision der beiden Pfandrechte keine Rede.

Kannte A bei Bestellung des ersten Pfandrechtes an X die Anfechtbarkeit des früheren Geschäftes nicht, so liegt in der Pfandbestellung an X keine Anfechtung, Vernichtung des früheren Geschäftes. Der A, welcher aber hier an die Giltigkeit des früheren Geschäftes glaubt, kann gar nicht den ernstlichen Willen haben, dem X gleichfalls ein erstes Pfandrecht zu übertragen. Wenn er eine Erklärung dieses Inhalts abgibt, so handelt er dolos und hat gar nicht den Willen der Pfandbestellung, sondern die Absicht, den X zu betrügen. Eben darum wird m. E. die Bestätigung des Geschäftes mit B nicht unmöglich gemacht. Und wenn diese eintritt, so erhält B trotz des in Mitte liegenden Geschäftes mit X das erste Pfandrecht, und es geht also das aus dem bestätigten Geschäft entspringende Recht dem zwischen Errichtung und Bestätigung bestellten Rechte vor.

Auf keinen Fall wird man sagen können, daß das in Folge der Bestätigung unter solchen Verhältnissen entspringende Pfandrecht dem des X nachstehe. Die einzige Annahme, welche neben der hier vertretenen juristisch möglich wäre, ist die, daß man auch nach der ohne Kenntniß der Anfechtbarkeit vorgenommenen Bestellung des ersten Pfandrechts an X eine Bestätigung des früheren Geschäftes mit B für unmöglich hält. Denn niemals kann dem B zugemuthet werden, daß er in Folge der Bestätigung ein schlechteres Pfandrecht annehme, als das ursprünglich bestellte. Ein schlechteres Recht würde er aber offenbar erhalten, wenn die Bestätigung mit der Wirkung möglich wäre, daß er jetzt dem X nachstünde. Eine Einwilligung seitens des A dazu, daß er das Pfandrecht an zweiter Stelle erhalte, würde den Charakter der Bestätigung aus mehrerwähnten Gründen aufheben. Diese zweiterwähnte Möglichkeit halte ich aber um deßwillen nicht für annehmbar, weil nicht abzusehen ist, warum durch die ohne den Willen der Anfechtung vorgenommene Verpfändung das frühere Geschäft angefochten sein sollte.

b) Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel.

Wir wählen den Fall, daß seitens des A eine Verpfändung seiner Sache an B unter Verhältnissen vorgenommen ward, welche die Anfechtung mittels actio oder exceptio doli ermöglicht. Die Verpfändung auf 100 soll das erste Pfandrecht an der Sache bestellen. Aus den

sub a) erwähnten Gründen fällt auch hier der Fall, wo A an X ein zweites Pfandrecht bestellt, hinweg. Bestellt A mit Kenntniß der Anfechtbarkeit des früheren Geschäftes dem X auch die erste Hypothek, so liegt darin noch keine Anfechtung des Geschäftes mit B; denn zu solcher genügt nicht die einfache Willenserklärung. Weil A dieses wissen muß, so kann er, ohne vorher zur Anfechtung durch Anstellung der Klage (oder Exception) geschritten zu sein, gar nicht den Willen haben, dem X gleichfalls ein erstes Pfandrecht zu bestellen, während das des B vor der Hand noch zu Recht bestand. Noch weniger liegt in derjenigen Pfandbestellung an X, welche ohne Kenntniß der Anfechtbarkeit des früheren Geschäftes geschehen ist, eine Anfechtung; und da hier A das frühere Pfandrecht des B für gar nicht anfechtbar hielt, so ist noch weniger ein Wille seinerseits möglich, dem X das erste Pfandrecht zu übertragen. Wegen Mangels bez. Unmöglichkeit dieses Willens kann auch im Falle der zu Tag tretenden Aussprache desselben ein erstes Pfandrecht des X gar nicht entstehen. Die Bestätigung des Geschäftes mit B ist aber nicht unmöglich geworden. Erfolgt sie, so behält B sein erstes Pfandrecht, obgleich vorher X dasselbe versprochen erhielt. Will X das Geschäft, das er seinerseits mittels actio doli anfechten kann, weil A bei dem mit ihm abgeschlossenen Geschäfte in Dolus war, aufrecht erhalten, so muß er sich mit dem zweiten Pfandrecht begnügen.

Nach dem hier betrachteten Beispiele lassen sich alle möglichen Fälle behandeln, in welchen das aus dem bestätigten Rechtsgeschäft entspringende Recht mit einem Rechtsgeschäft, das zwischen Bestätigung und Errichtung fällt, in wirkliche Collision kommt. Eine wirkliche Collision ist aber nicht vorhanden, wo es sich z. B. um zwei Kaufverträge über die nämliche Sache handelt; denn ich kann über eine Sache, gleichviel ob sie mir gehört oder nicht, beliebig viele Kaufverträge schließen, die alle zu Recht bestehen, ohne gegenseitig zu collidiren. Ueber das Eigenthumsrecht ist natürlich die frühere Tradition entscheidend. Wir sind daher wohl berechtigt, den sub Nr. 4 formulirten Satz aufzustellen.

5. Die Früchte, welche aus einer Sache, die in einem der Anfechtung unterworfenen Geschäft veräußert wurden, in der Zwischenzeit zwischen Errichtung und Bestätigung gezogen werden, gehören dem Erwerber der Sache. Es folgt dieser Satz mit Nothwendigkeit aus der Rückwirkung der Bestätigung. Nur kann die Frage aufgeworfen werden, ob sich nicht der Bestätiger ausdrücklich die Früchte der Zwischenzeit vorbehalten kann. Daß dieses möglich ist mit Einwilligung des Gegentheils unterliegt keinem Zweifel. Allein wenn solche Verabredung in Mitte liegt, hört das Geschäft auf,

ein einseitiger Akt zu sein und ist keine ausschließliche einseitige Bestätigung mehr. Ohne Einwilligung des Gegentheils aber halte ich den Vorbehalt nicht für möglich, weil darin ein Abgehen von dem ursprünglichen Rechtsgeschäft gelegen wäre [15]).

6. In Folge der Rückwirkung treten nicht die Folgen der Mora zu Ungunsten des Bestätigers für die Zeit vor der Bestätigung ein. Es kann sein, daß, abgesehen von der Anfechtbarkeit des Geschäftes, der Anfechtungsberechtigte bereits in mora solvendi oder accipiendi wäre. Wegen der Anfechtbarkeit ist die Wirkung der mora solvendi ausgeschlossen, weil derjenige Gläubiger nicht in mora sein kann, dem die Einrede der Anfechtbarkeit zusteht [16]). Ebenso ist die mora accipiendi nicht möglich, weil die Erfüllung der Obligation nicht eher möglich ist, bis sich der anfechtungsberechtigte Gläubiger erklärt hat, ob er anfechten will oder nicht [17]). Wenn mit der Bestätigung die Anfechtbarkeit hinweggefallen ist, so fragt es sich, ob jetzt nicht auch rückwärts die Folgen der Mora zu Ungunsten des Gläubigers eintreten? Die Gründe für die verneinende Entscheidung liegen in der Erwägung, daß die Interpellation, die zur Begründung der Mora des Schuldners regelmäßig gehört, bez. der sie ersetzende Ablauf der Frist, und die Oblation, welche vor die Bestätigung fallen, als gar nicht rechtlich vorhanden betrachtet werden, und als rechtlich nichtige Thatsachen auch durch den Wegfall des Nichtigkeitsgrundes (der Anfechtbarkeit des Geschäftes, auf das sie sich beziehen) nicht convalesciren können. Hiemit stimmt die fernere Erwägung überein, daß sich der Bestätigungswille gewiß nicht dahin interpretiren läßt, als habe der Bestätiger für die Vergangenheit die nachtheiligen Folgen der Mora übernehmen wollen.

Da die mora des Nichtanfechtungsberechtigten bereits vor der Bestätigung eintreten kann, überdies in der Interpellation wie Oblation des Gegentheils eine Bestätigungshandlung gelegen ist; so wird die mora dieses Theils von der Bestätigung nicht berührt.

---

[15]) Ein Beispiel wird dies erklären: A hat entdeckt, daß auf dem Acker des B eine reiche Goldmine ist. Er zwingt den B, ihm den Acker zu einem Preise zu verkaufen, der abgesehen von der dem B unbekannten Goldmine über den Werth des Ackers hinausgeht. In ganz kurzer Zeit hat A die Mine ausgebeutet. Soll jetzt B den Vertrag genehmigen können mit dem Recht auf Auslieferung des Goldergebnisses? Gewiß läge eine Unbilligkeit vor, daß B auf diese Weise den hohen Preis und das Gold erhalte. Billiger Weise kann er nur entweder anfechten — dann bekommt er das Gold, aber nicht den Kaufpreis — oder bestätigen, dann bekommt er den Preis, aber nicht das Gold.

[16]) Non in mora est, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. l. 40 D. de reb. cred. 12, 1. Mommsen Beiträge II. S. 25.

[17]) Vgl. h. Mommsen Beiträge II. S. 153.

§ 24.

Theilweise Bestätigung (?).

Eine solche ist unmöglich. Bei denjenigen Rechtsgeschäften, welche einen untheilbaren Gegenstand (z. B. Servitut) betreffen, ist sie a priori nicht denkbar. Es bleiben also noch diejenigen Geschäfte, welche ihrem Gegenstande nach theilbar sind, z. B. Kauf einer Quantität Getreide, Darlehen 2c. In diesen Fällen eine theilbare Bestätigung zuzulassen, würde eine Ungerechtigkeit gegen den Theil enthalten, welcher dem Anfechtungsberechtigten gegenübersteht. Bei gegenseitigen Verträgen tritt dies besonders hervor. Schon die Schwierigkeit, die Gegenleistung für den bestätigten Theil ausfindig zu machen, weist auf die Unmöglichkeit der theilweisen Bestätigung. Denn der aliquote Theil der einen Leistung entspricht in den vielen Fällen nicht dem aliquoten Theile der Gegenleistung. Welchen anderen Maßstab sollte man annehmen? Aber auch bei wesentlichen einseitigen Obligationen, z. B. Darlehen, tritt die Benachtheiligung des Gegentheils hervor. Z. B. ich habe als Darlehensgeber mit X als Darlehensschuldner einen Vertrag geschlossen, wonach ich ihm 1000 fl. als Hypothek zu leihen versprach. Der Vertrag ist meinerseits anfechtbar. Hätte ich das Recht, den Vertrag auf die Hälfte zu bestätigen, und müßte X jetzt die 500 fl. nehmen und mir darauf Hypothek bestellen, so kann es ihm jetzt geradezu unmöglich sein, auf Nachhypothek weitere 500 fl. zu erhalten, während es ihm leicht thunlich wäre, die ganzen 1000 fl. von Jemand anders geliehen zu erhalten. Besten Falls hätte der X den Nachtheil, zwei Schuldner statt eines Schuldners zu haben. Ueberall würde sonach durch die Theilung die Identität des früheren Geschäftes alterirt, weil eben auch das seinem Gegenstande nach theilbare Geschäft durch die Theilung eine ganz andere wirthschaftliche Bedeutung gewänne, als das ganze Geschäft gehabt hat. Da aber der Bestätigungsberechtigte blos das Geschäft bestätigen kann, welches und wie er es geschlossen, so hat er nicht das Recht, den vom ganzen Geschäfte wesentlich verschiedenen Theil zu bestätigen.

Im Uebrigen steht es jeder Zeit den beiden Contrahenten frei, darüber übereinzukommen, daß nur ein Theil des anfechtbaren Geschäftes aufrecht erhalten werden solle. Nur liegt dann keine einseitige Bestätigung vor, sondern ein neuer Vertrag [1]).

Auf Stellen wie l. 17, 18 D. rat. rem 46, 8 kann man sich nicht berufen, um die aufgestellte Ansicht zu bestreiten, da diese Stellen nicht von Bestätigung reden.

---

[1]) Dies verkennt Sintenis prakt. C.-R. I. § 18 A. 42, welcher die Möglichkeit der theilweisen Ratihabition unter der Bedingung annimmt, daß der Mitcontrahent einwillige.

Auf der andern Seite kann ich keine direkten Quellenzeugnisse für dieselbe anführen, was wohl damit zusammenhängt, daß einem römischen Juristen gar nicht einfallen konnte, eine theilweise Bestätigung zuzulassen. Es dürfte vielmehr die Abwesenheit solcher Stellen, sowie der Umstand, daß in keinem der in den Quellen besprochenen Anfechtbarkeitsfälle eine theilweise Anfechtung erwähnt wird, als negatives Resultat für die aufgestellte Regel sprechen.

Wenn der Anfechtungsberechtigte stirbt und mehrere Erben hinterläßt, so können sie das Geschäft zusammen anfechten und zusammen bestätigen. Der einzelne aber kann nur pro parte hereditaria anfechten und das braucht sich der Gegentheil nicht gefallen zu lassen. Die Folge davon ist, daß das Geschäft aufrecht erhalten bleibt, falls sich keine Uebereinstimmung bezüglich der Anfechtung erzielen läßt.

Anhang zum dritten Hauptstücke.

Neuere Gesetzgebungen.

In den neueren deutschen Gesetzgebungen sind folgende Sätze über Bestätigung enthalten:

I. A. Preußisches Landrecht: Th. I. Tit. 5.

§ 186: „Durch die Anerkenntniß eines seiner Form nach rechtsbeständigen Vertrags werden diejenigen Einwendungen gehoben, welche sich auf den Mangel einer freien oder ernstlichen Einwilligung bezogen.

§ 187. Doch muß das Anerkenntniß zu einer Zeit erfolgt sein, wo das bei der ersten Schließung des Vertrags entgegenstehende Hinderniß bereits gehoben war.

§ 188. Alsdann erstreckt sich auch die Wirkung eines ohne Einschränkung erfolgten Anerkenntnisses bis auf die Zeit des geschlossenen Vertrages zurück.

§ 189. Solche Handlungen, woraus eine vollständige Kenntniß des Vertrags und zugleich die wiederholte Genehmigung des ganzen Inhalts deutlich erhellt, begründen ein stillschweigendes Anerkenntniß."

In diesen §§ findet die rückwirkende Bestätigung anfechtbarer Geschäfte Anerkennung. Die Fassung des § 186 paßt freilich nicht auf alle anfechtbaren Geschäfte.

§ 191. „Liegt in der Handlung nicht die Genehmigung des Vertrags nach seinem ganzen Inhalte, sondern nur eines Theiles desselben, so kann die Wirkung des Anerkenntnisses auch auf den nicht genehmigten Theil keineswegs ausgedehnt werden“ ꝛc.

Hiemit ist die theilweise Bestätigung anerkannt, was einem Gesetzbuche, das zu Zeiten einer die theilweise Ratihabition fast allgemein anerkennenden Doktrin geschrieben ward, nicht verargt werden kann.

§ 37 (eod.). „Ein Vertrag, welcher wegen Unfähigkeit eines Theiles unverbindlich ist, erlangt durch eine nach aufgehobener Unfähigkeit erfolgte Anerkenntniß nur in sofern verbindliche Kraft, als diese Anerkenntniß für einen neuen rechtsgiltigen Vertrag angesehen werden kann.

§ 38. Ein solcher neuer Vertrag erstreckt sich sodann auf den Anfang des Geschäftes zurück, wenn dies ausdrücklich verabredet worden.“

In diesen beiden Artikeln ist anerkannt, daß es eine einseitige Bestätigung nichtiger Geschäfte nicht gibt. Denn wenn die Anerkenntniß als neuer Vertrag anzusehen ist, so muß sie von beiden Seiten eine Willenserklärung erfordern; sonst könnte sie kein Vertrag sein. § 37 sagt aber auch, daß ein solcher Vertrag ein neuer Vertrag, also keine eigentliche Bestätigung ist.

§ 38 läßt eine Verabredung der Rückwirkung zu, eine Rückwirkung, die durch Verabredung beider Contrahenten erfolgt ist, nicht eine objektive Rückwirkung, wie bei der Bestätigung, sondern lediglich jene subjektiv-obligatorische, die wir als die Verpflichtung zum sich so behandeln lassen als ob ꝛc. ꝛc. kennen lernten.

Außerdem wird noch in dem spez. Falle der Veräußerung von Mündelgut eine „Genehmigung“ anerkannt in Th. II. Tit. 18. §§ 593. 594.

II. Allgemein bürgerl. Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österr. Monarchie.

Allgemeine Regeln über Bestätigung sind in diesem Gesetzbuch nicht enthalten.

Beispiele von anfechtbaren Rechtsgeschäften s. §§ 934. 935. 1431 ff.

III. Sächs. Entwurf von 1852.

Enthält keine Spur von Bestätigung, was bei der Unvollständigkeit dieses Entwurfes nicht Wunder nehmen kann [1]).

[1]) Vgl. Wächter's Kritik S. 555—566.

IV. Züricher Gesetzbuch.

Enthält keine allgemeinen Regeln über Bestätigung. Beispiele von spez. Anfechtbarkeitsfällen, in welchen solche zulässig erklärt wird, kommen vor in §§ 117 u. 119.

V. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern.

Th. I. Art 85. „Die Anfechtbarkeit fällt hinweg, wenn derjenige, welcher sie geltend machen kann, ausdrücklich darauf in giltiger Weise Verzicht leistet.

Art. 86. Gründet sich die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes auf die Mangelhaftigkeit der Willensbestimmung bei der Abschließung desselben (Art. 20 u. 29 Abs. 2) oder auf den Mangel der Zustimmung oder Genehmigung eines Dritten oder einer pflegschaftlichen Behörde, so fällt die Anfechtbarkeit hinweg, wenn der Abschließende, nach Beseitigung ihres Grundes, das Geschäft ausdrücklich oder stillschweigend bekräftigt oder wenn die erforderliche Genehmigung zu demselben ertheilt wird."

Vgl. die Motive S. 38.

In Art. 87 schreibt der Entwurf schriftliche Form der Bestätigung vor.

Art. 88 handelt von stillschweigender Genehmigung.

Art. 89. „Die Bekräftigung oder Genehmigung wirkt unbeschadet der inzwischen erworbenen Rechte Dritter auf die Zeit der Errichtung des Rechtsgeschäftes zurück, sofern nicht das Gegentheil im Gesetze bestimmt ist oder von den Parteien verabredet wird. Verzugszinsen und Conventionalstrafen können vorbehaltlich besonderer Uebereinkunft auf Grund des Wegfalls der Anfechtbarkeit des Geschäftes nicht gefordert werden."

Die Rückwirkung der Bestätigung anfechtbarer Geschäfte ist also wörtlich zum Gesetz erhoben. Die Ausnahmen, welche bezüglich der Verzugszinsen und Conventionalstrafen gemacht sind, könnten m. E. entbehrt werden, da sie dem Prinzip der Rückwirkung widersprechen.

Dagegen ist die Bestätigung nichtiger Geschäfte negirt in

Art. 81. „Ein nichtiges Geschäft kann, vorbehaltlich der Bestimmungen der Art. 24 u. 29 Abs. 1, weder durch einen Verzicht auf die Nichtigkeit von Seite der Parteien, noch durch den späteren Wegfall des Nichtigkeitsgrundes Giltigkeit erlangen.

Wird das Geschäft bei dem Dasein aller zur Giltigkeit desselben gehörigen Erfordernisse von Neuem vorgenommen, so ist es als ein neues Geschäft anzusehen und hat keine rückwirkende Kraft."

Vgl. hiezu die Motive S. 26 ff. Der Vorbehalt in Art. 81 bezüglich der in Art. 24 u. 29 erwähnten Fälle hätte unterbleiben können; denn in diesen Art. sind Fälle relativer Nichtigkeit erwähnt.

VI. Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetze's über Schuldverhältnisse. I. Theil.

Allgemeine Regeln enthalten:

Art. 70. „Die Anfechtbarkeit eines Vertrags wegen Furcht oder Betrugs wird durch Genehmigung nach dem Aufhören der Furcht oder nach der Entdeckung des Betrugs oder durch Verzicht auf die Anfechtung beseitigt und der Vertrag gilt dann als unanfechtbar.

Art. 71 Abs. 2. Aus dem Verzichte auf den Anfechtungsgrund und aus der Genehmigung kann ein Verzicht auf Ersatz des durch Furcht oder Betrug verursachten Schadens nicht gefolgert werden.

Art. 131. Ein nichtiger Vertrag wird dadurch nicht giltig, daß die Gründe seiner Nichtigkeit später wegfallen. Die Genehmigung eines nichtigen Vertrags ist als Eingehung eines neuen Vertrags zu beurtheilen.

Art. 132 Abs. 2. Der (sc. anfechtbare) Vertrag bleibt giltig, wenn das Anfechtungsrecht aus irgend einem Grunde, insbesondere wegen Verzichts oder Verjährung oder Genehmigung wegfällt.

Art. 133. Ist die vertragsmäßige Leistung eine theilbare, so kann mit Einwilligung des andern Vertragsschließenden und, sofern die Zustimmung eines Dritten nöthig ist, mit dessen Zustimmung der Vertrag auch theilweise genehmigt werden."

Im Vorstehenden sind also dieselben Grundregeln adoptirt, zu welchen unsere Bearbeitung des gemeinen Rechts auch gelangt sind.

Einen Fall von Bestätigung anfechtbarer Geschäfte finden wir noch in Art. 21. Vgl. a. n. Art. 22, aus dem hervorgeht, daß die in Art. 21 erwähnten Fälle keiner absoluten Nichtigkeit unterliegen.

VII. Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (1863).

§ 104. „Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird nicht giltig, wenn die Gründe der Nichtigkeit später wegfallen.

§ 109. Ein anfechtbares Geschäft gilt als bestehend, bis die Anfechtung desselben erklärt ist. Erfolgt von dem, der es anfechten konnte, eine Genehmigung, so gilt letztere als ein Verzicht auf das Recht der Anfechtung.

§ 847. Die Anfechtbarkeit eines Vertrages wegen Furcht oder Betruges wird durch Genehmigung oder durch Verzicht auf das Recht der Anfechtung von Seiten des dazu Berechtigten beseitigt, und es wird der Vertrag dann so angesehen, als ob er nicht anfechtbar gewesen wäre.

§ 848. Wird ein Vertrag, welcher wegen körperlicher Ueberwältigung oder Irrthums nichtig ist, genehmigt, so gilt er als ein neu eingegangener.

§ 1656. In den Fällen der §§ 1624—1629 hat derjenige Ehegatte, welcher durch Zwang, Furcht, Irrthum oder Betrug zur Eingehung der Ehe vermocht worden ist, das Recht, die Aufhebung der Ehe zu verlangen, ausgenommen, wenn er nach beseitigtem Zwang oder nach aufgehobener Furcht oder nach entdecktem Irrthum oder Betrug seine Einwilligung nachträglich gibt oder sonst auf das Recht der Anfechtung verzichtet. ꝛc. ꝛc.

Auch dieses Gesetzbuch trifft mit denjenigen Resultaten zusammen, welche wir für das gemeine Recht als die richtigen Regeln über Bestätigung erkannt haben.

VIII. Code civil:

Art. 1338. „L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lors qu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. — A defaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. — La confirmation, ratification ou exécution volontaire, dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte

la renonciation au moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans prejudice néanmoins du droit du tiers."

Das Gesetz hat hier lediglich die Bestätigung anfechtbarer Geschäfte vor Augen. Dies ergibt sich daraus, daß die „action en nullité" zwar ein von der „action en rescision" processualisch und in sonstigen Beziehungen verschiedenes, aber doch ein Anfechtungsmittel ist, folglich ein anfechtbares, kein absolut nichtiges Geschäft als Objekt voraussetzt.

Schluß.

Ich habe in der Einleitung zu dieser Abhandlung die Behauptung aufgestellt, daß es eine allgemeine Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte nicht gebe. Dieser Satz mußte an jener Stelle gewisser Maßen anticipirt werden, um den Gang der anzustellenden Untersuchungen zu motiviren. Blickt man zurück auf das Ergebniß der über die einzelnen Fälle, in welchen man von Ratihabition spricht, gepflogenen Untersuchungen, so dürfte man zu der Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der Sonderung der Fälle gelangt sein, und darin würde die genügende Rechtfertigung jenes Satzes liegen. Die Consequenzen dieser Erkenntniß sind, abgesehen von der darin liegenden Berichtigung der Theorie, auch vom praktischen Standpunkte nicht unbedeutend. Denn die Praxis ist vor Verirrungen nicht sicher, so lange sie mit dem Satze: „Ratihabitio mandato comparatur" in der Hand einen Bestätigungsfall beurtheilen oder aber die Genehmigung einer negotiorum gestio als Ratihabition eines relativ nichtigen Geschäftes charakterisiren und danach behandeln wird. Ich schließe deßhalb mit der Ueberzeugung, mich nicht gegen einen Grundsatz versündigt zu haben, der jedem Arbeiter auf dem Gebiete des Rechtes stets vor Augen sein soll, ich meine den Grundsatz, daß alle theoretische Untersuchung werthlos ist, falls sich nicht praktische Consequenzen aus derselben ergeben.